دكتور
عبد الحكيم أحمد شرف
أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

بحث

في حجية الأحكام في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

١ — مقدمة تمهيدية : بادىء ذى بدء يمكن القول بأن مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة تقتضى وتتطلب كلتاهما أمرا ينبغى أن يوضع فى الحسبان ويؤخذ فى الاعتبار، وهو أن الموضوع الذى سبق أن عرض على القضاء وتم الفصل فيه، لايجوز أن يكون محلا للمناقشة أمام ذات المحكمة التى أصدرت الحكم بشأنه أو أمام أية محكمة أخرى، ليفصل فى ذلك الموضوع من جديد اللهم إلا بطرق وفى مواعيد محددة من قبل القانون(١) . والقول بغير ذلك معناه استمرار الخصومات بين الناس دون ماحد تقف عنده، وبالتالى يصير النزاع بين الناس كالحيوان المتأبد فى الفيافى والقفار، وهذا بلا ريب يؤدى إلى عدم استقرار المراكز القانونية، فلا تصل الحقوق إلى أصحابها، ومن ثم تتعطل المعاملات بين الناس، وتعم الفوضى أرجاء المجتمع ويصبح النظام والسلام الاجتماعيان مختلين، هذا من ناحية . ومن جهة أخرى فإن الفصل من جديد فيما تم الفصل فيه يترتب عليه أن تكون أحكام القضاء عرضة للتناقض وبالتالى تضيع الهيبة الكامنة فى الأحكام إذ تصبح ثقة الناس بمنأى عنها وهذا بالطبع يخل بكرامة القضاء .

وعلى أساس ماتقدم مست الحاجة إلى مايحقق ضرورة وضع حد للمنازعات

---

(١) أنظر د. محمود جمال الدين زكى ، نظرية الالتزام ج ٢ ص ٩٢ طبعة ١٩٦٧ د. فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز فى القانون الدولى الخاص ج ١ ص ٢٦٦ طبعة ١٩٧١ ، ود. أحمد السيد الصاوى ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشىء المحكوم فيه ص ٧ طبعة ١٩٧١ .

ويجنب التناقض فى الأحكام ، فكانت الفكرة التى اجتباها المشرع بالتنظيم وهى كون الحكم حجة فيما فصل فيه ، وعليه جاء نص المادة (١٠١) من قانون الإثبات المصرى الجديد ونص المادة (٤٠٥) من القانون المدنى المصرى الجديد(١) .

فالحجية هى الصفة غير القابلة للمنازعة والثابتة بواسطة القانون لمضمون الحكم والتى تجعل الشىء محل النزاع والصادر بشأنه حكم ، غير قابل المنازعة فيه فيما بعد(٢) . وعليه فإن القاضى الذى أصدر الحكم يمتنع عليه أن يعدل عنه، كما أن على المحاكم أن تلتزم باحترامه وأيضا يمتنع على أى من الخصوم أن يرفع دعوى جديدة لمناقشة ماسبق أن تم الفصل فيه(٣) وإلا تعرض للجزاء المنصوص عليه قانونا وهو الحكم بعدم قبول الدعوى نظرا لسبق الفصل فيها .

٢ — فإذا ما انتقلنا إلى شريعة الإسلام الغراء وجدنا أن وظيفة القضاء تعد من أخطر الوظائف التى تنبنى عليها الدولة حيث تعتبر من أهم وظائف الخلافة فى الأرض بنص القرآن الكريم عليها فى قوله تعالى « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب »(٤) .

وتكمن خطورة وظيفة القضاء فى الهدف المنشود والمبتغى والمنوط بالقضاء تحقيقه وهو الحكم بين المتخاصمين بالحق والعدل كما شرع الله وهدى إليه فى كتابه الكريم وفى سنة رسوله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وذلك من أجل رأب ماتصدع

---

(١) راجع التفرقة بين الحجية والقوة ، د. رمزى سيف ، الوسيط بند ٥٤٤ هامش ١ ود. فتحى والى ، قانون القضاء المدنى اللبنانى ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٧٠ بند ١٥٢ .

(٢) د. الصاوى ، المرجع السابق ص ٩ .

(٣) د. فتحى والى ، المرجع السابق بند ١٤٩ .

(٤) الآية رقم ٢٦ من سورة ص .

من الأوضاع والعلاقات وإعادة الأمور إلى نصابها وإلزام الأطراف جميعا بما يرضى خالقهم اقتضاء وإجابة لنداء رب العزة والجلال فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول ، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا »(١) .

٣ — بيد أن أية وظيفة مهما كانت خطورتها وأهميتها لا يمكن أن تظهر فاعليتها فتؤتى ثمارها وتحقق الغاية التى نيطت بها ، إن لم يكن لها من الدعم والتأييد ما يكفل لأعمالها ومنجزاتها الإلزام والتنفيذ ويضع هذه المنجزات وتلك الأعمال موضع الاحترام ، ناهيك عن وظيفة يتوقف عليها فصل الخصومات وقطع المنازعات ووضع حد للخلافات التى تعد نتيجة ضرورية لاجتماع الناس وتعاملهم واحتكاك بعضهم ببعض ، فكيف بهذه الوظيفة ؟ .

إن علماء الإسلام حين عرفوا هذه الحقيقة ، أكدوا فى أبحاثهم حول القضاء أنه يقوم على إلزام الخصوم ، واستحقاق التنفيذ ، والحصانة من الابطال أو التغيير إلا فى مواضع جاءت من قبلهم مفصلة ومحددة على سبيل الإستثناء وهذا المعنى هو ما جاء فى تعاريفهم للقضاء ذاته حيث قال بعضهم فى تعريفه « إنه صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعى »(٢) . وقال آخرون « إنه الإخبار عن حكم شرعى على سبيل الإلزام »(٣)، والنفوذ والإلزام يقتضيان حصانته من الإبطال والنقض حيث لا نفاذ لقضاء باطل أو منقوض . وبهذه الخصيصة فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين القضاء والإفتاء الذى هو مجرد

---

(١) الآية رقم ٥٩ من سورة النساء .

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٨٦ طبعة ١٣٢٩هـ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ١٢ مطبعة الحلبي ١٩٥٨ م. وفى تعريف القضاء فى الفقه الإسلامى ، د. محمود هاشم ، النظام القضائى الإسلامى ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٤ ، ص ٢٠ إلى ص ٢٤ .

الإجبار في حكم الشارع دون إلزام المستفتي(١)، بل إن اختيارهم للفظ القضاء ليكون علما على هذه الوظيفة يعد ترجمة صادقة لمعنى القضاء وهو القطع والفصل وإحكام الشيء وإمضاؤه والفراغ منه وانتهاؤه، كما أن القاضي معناه في اللغة: القاطع للأمور الحكم لها(٢).

ويمكن القول بأن القضاء الذي يمنح تلك القوة ويستحق ذلك الدعم، هو الذي يلتزم فيه بالهدف المحدد له من قبل الشارع الحكيم وهو معرفة الحق ووضعه في مكانه، فإن حاد عن هذه الغاية لا تكون له تلك الحجية الشرعية.

بيد أن هذا الأمر من الناحية النظرية، وإن بدا سهلا، إلا أنه من الناحية العملية تكتنفه صعوبة في التطبيق، لأن معرفة الحق تتأسس على معرفة حكم الشارع في القضية وهذه المعرفة تنبني في كثير من الاحيان على الاجتهاد الذي ينبني بدوره على اختلاف وجهات النظر.

أيضا فإن معرفة صاحب الحق تنبني على دراسة الواقع وحجج الخصوم، وقوة البينات والدلائل، وكل ذلك قد يحوطه كثير من الاحتمالات، وقد يكون عرضة للوقوع تحت تأثير كثير من المؤثرات ومن ثم يطول البحث عن الحق وصاحبه خصوصا إذا صادفت القضية إنسانا مماطلا أو جاهلا أو ماكرا، فيؤدي ذلك إلى مفسدة عامة تتمثل في فقدان الثقة في القضاء، وعدم اطمئنان النفوس لما يصدر عنه من أحكام تكون عرضة للنقض والتغيير، وعدم استقرار التعامل بين الناس بسبب ذلك القلق.

---

(١) الاحكام في تمييز الفتاوى من الاحكام وتصرفات الإمام، الفقيه شهاب الدين القرافي ص ٥ طبعة ١٩٣٨م الطبعة الأولى، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج ٤ ص ٣٧٢ طبعة ١٩٣٣م، الحلبي ــ مصر، أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ١ ص ٣٦ طبعة ١٩٦٨.

(٢) راجع لسان العرب ومختار الصحاح مادة «قضى».

٤ — ومن ثم يثور سؤال حاصله: كيف يمكن التوفيق بين هذه الاعتبارات وتحصيل المصالح ودرء المفاسد أمام هذا المعترك المتشابك ؟

ويمكن الجواب عن هذا التساؤل بأنه مما لاريب فيه أن أحسن الأنظمة القضائية هو الذى يمكن الوصول من خلاله عند التطبيق ، إلى أبعد مدى، فى الحفاظ على الهدفين السابقين ويتمثل فى هدفين هما : حماية كلمة القضاء وبالتالى تطمئن نفوس الناس لما تمنحهم هذه الكلمة من الحقوق فينطلقون للتعامل بها على أسس ثابتة مستقرة موثوق بها ؛ والهدف الثانى ، ضمان العدالة باكتشافها أولا وتوزيعها على أصحابها ثانيا .

من أجل التوفيق بين الهدفين السابقين كان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قضية الحجية حيث توصلوا باجتهاداتهم واستنباطاتهم الشرعية إليها فاستطاعوا إقامة التوازن بين مصلحة الفرد المتمثلة فى حقه فى الحصول على العدالة مهما كان الطريق شاقا وطويلا ، وبين مصلحة الجماعة المتمثلة فى استقرار التعامل بين أفرادها والثقة فى أحكام قضاتها وهو أيضا ما رتبه المشرع الوضعى من الضمانات التى تكفل الحفاظ على مصالح الخصوم حيث نظم طرق الطعن فى الأحكام رغم أنها تحوز الحجية بمجرد صدورها ، حتى يتسنى للخصوم أن يتداركوا ما قد يقع القاضى فيه من أخطاء باعتباره إنسانا غير معصوم من الخطأ ، كما كفل المشرع الحماية للغير الذى لم يكن طرفا فى الخصومة فنص على أن الحجية لا تكون إلا فيما بين الخصوم أنفسهم .

لذلك كان البحث من أجل الوصول إلى الحلول التى تبنتها القوانين الوضعية ووضحها شراحها والكيفيات التى اتخذوها سبيلا إلى التوفيق بين مقتضيات العدالة ومقتضيات الاستقرار وذلك على ضوء مدى الحجية التى جعلها فقهاء الشريعة الإسلامية للأحكام القضائية والحالات التى يؤخذ فيها بهذه الحجية والتى يضحى فيها بهذه الحجية من أجل الحق والعدالة ، فى محاولة للخروج بأفكار لعلها تكون مفيدة وجديدة فى مجال البحث والتطبيق العملى .

٥ — وفى سبيل ذلك يمكن بعون الله معالجة هذا الموضوع وفقا لما يلى :ـ

المبحث الأول : المقصود بحجية الحكم القضائى .

المبحث الثانى : المقتضيات التى تتطلبها حجية الحكم القضائى وفروعها التطبيقية .

المبحث الثالث : بيان ما يرد على مبدأ الحجية من حدود وقيود واستثناءات .

المبحث الرابع : الأساس الذى انبنى عليه مبدأ الحجية القضائية .

المبحث الأول

المقصود بحجية الحكم القضائى

المطلب الأول

مفهوم الحجية فى فقـــه القانون

٦ ـ تعد قاعدة الحجية ـ وفقا للقانون الوضعى وعند شراحه ـ نوعا من الحرمة يتمتع بها الحـكم القضائى، وبموجبها يعتبر هـــذا الحـكم متضمنا قرينة قانونية قاطعة، على أنه قد صدر صحيحا من حيث إجراءاته وأن ماقضى به هو الحق الذى لاريب فيه من حيث الموضوع(١) .

وقد عرفها جانب من فقه قانون القضاء المدنى(٢) بأنها فكرة قانونية مفادها أن الحـكم القضائى حين يطبق إرادة القانون فى الحالة المعينة، فإنه يحوز الاحترام سواء أمام المحـكمة التى أصدرته أم أمام المحاكم الأخرى . بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التى فصل فيها الحـكم مرة أخرى تعين عـــدم قبولها، وإذا ما أثير ما قضى به الحـكم أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث جديد . حيث يمتنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم الحائز لحجيته من العودة

---

(١) أنظر د. رمزى سيف، الوسيط فى شرح قانون المرافعات ص٧٢٥، ٧٢٦ الطبعة الثالثة . وأيضا راجع د. أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الاثبات ص٢٣١ الطبعة الأولى .

(٢) د. فتحى والى، قانون القضاء المدنى ج ١ ص ٢٦٧ طبعة ١٩٧٧ .

إلى مناقشة المسألة التى فصل فيها فى أى دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى(١) .

وبناء على ذلك يتضح أنه لا سبيل إلى إبطال حكم قضائى إذا صدر مستوفيا لشروطه من حيث الشكل حتى وإن اتضح بالدلائل القطعية أنه قد تنكب الطريق السوى . غير أن الذى يخفف من هذا المسلك القانونى المتسم بالصرامة فى إضفاء الاحترام الزائد على الأحكام القضائية ، هو ذلك النظام الوضعى المتبع فى التقاضى والذى يتيح الفرصة أمام المتخاصمين للتقاضى أكثر من مرة فى الخصومة الواحدة .

وإذا كان شراح القانون الوضعى لايرون فى هذا المسلك مساسا بحجية الحكم القضائى ويفرقون بين ما يسمى بقوة الأمر المقضى وبين ما يسمى بحجية الأمر المقضى من ناحية كون الأولى أمرا زائداً على الثانية حيث يعنى صيرورة الحكم نهائيا غير قابل للطعن فيه(٢) فإننا نرى الحق فى جانب بعض علماء القانون الذين يرون أن الحكم لا يتمتع بحجية الأمر المقضى حتى يصبح نهائيا وغير قابل للطعن فيه(٣) ، لأن الحجية إذا كانت ، كما يقولون ، قرينة لاتقبل الدليل العكسى على أن الحكم قضى بالحق والعدل ، فإن هذا المعنى يقتضى أنه لايجوز طرح القضية مرة أخرى لا أمام المحكمة التى أصدرته ، ولا المحاكم الأخرى سواء أكانت استئنافية أم غيرها ، ولو سلم ذلك لجاز لمحاكم الدرجة الثانية تغيير ما هو حق وعدل فى اعتبار القانون ولا يتسنى لأحد أن يقول بذلك .

---

(١) نقض مدنى ٢٣/٥/١٩١٢ ، فى الطعن رقم ٧٣٥ ، ٤٩ ق ، المحاماه ، س ٦٤ ، عددى ٧ ، ٨ ص ١١٧ رقم ٢٢ .

(٢) د . عبد الباسط جميعى ، د. محمد محمود إبراهيم ، مبادئ المرافعات ص٦١٥ طبعة ١٩٧٨ وأيضا د. فتحى والى ، المرجع السابق ص ٢٧٤ .

(٣) د. فتحى والى ، المرجع السابق ص ٢٧٤ .

ومن ناحية أخرى فإن عدم الاعتراف بالحجية للأحكام غير النهائية ليس معناه إفساح المجال لأية محكمة أخرى أن تغيرها أو تعيد النظر فيها ، فإن تم ذلك فعلا ، فلا يعتبر ذلك تعارضا مع حظر جواز إعادة النظر فى الأحكام من قبل محاكم الاستئناف .

وعلى ضوء ما تقدم يتضح أن حجية الحكم القضائى تتفاوت فى القانون الوضعى ، من حيث قوتها ، بين مرحلة وأخرى من مراحل الحكم حيث تبدأ متناهية فى الضعف وذلك بعد صدورها لأول مرة، ثم تصبح بعد ذلك نهائية وقاطعة بحيث لا يجوز المساس بها بعد أن يستنفد الخصوم جميع فرصهم للطعن فى الحكم.

وأيا ما كان الأمر فى مفهوم حجية الأمر المقضى ، فإن لها أثران(١) يتمثل أولهما فى عدم جواز إعادة نظر الدعوى قضائيا والتى صدر فيها الحكم الحائز لحجية أمام ذات المحكمة التى نظرتها أو أمام غيرها من المحاكم ، وهذا هو الأثر السلبى للحجية . أما الأثر الثانى فيتمثل فى ضرورة احترام ما قضت به الأحكام الحائزة لحجيتها مستقبلا ، ولا تملك المحكمة التى عرض أمامها حكم من الأحكام - أن تعيد مناقشة عدالته أو صحته ، بل عليها أن تأخذ به وبما قضى به .

والحجية بالمعنى المتقدم لا تعدو أن تكون قاعدة قانونية موضوعية فرضتها الوظيفة القضائية ، واعترفت بها الأنظمة كأثر موضوعى لأحكام القضاء تحقيقا لفاعليتها ، وعملا على استقرار الحقوق والمراكز القانونية(٢) .

---

(١) أنظر فى تفاصيل هذين الأثرين الدكتور / محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، ج ٢ ، القاهرة دار الفكر العربى ، ١٩٨١ ، ص ٤١٥ ، وإجراءات التقاضى والتنفيذ فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية ، مطابع جامعة الملك سعود ، ١٩٨٥ ، ص ١٦٥/١٦٦ . د. فتحى والى - الوسيط ، ص ١٦١ .

Vincent J, Guinchard S. Procedure civile, Dalloz, Paris 1981, No 85 et S. Raland H. chase jugce et tierce opposition, Paris, 1958, No 58

(٢) د . محمود هاشم . قانون القضاء المدنى مشار إليه ص ٤٢٨ ، واجراءات التقاضى - المشار إليه ص ١٦٦ ، عكس ذلك رمزى سيف المرافعات بند ٥٤٤ .

المطلب الثانى

مفهوم الحجية فى فقه الشريعة

٧ — فإذا إنتقلنا إلى الشريعة الإسلامية ، أمكن القول بأن الحكم القضائى عند الفقهاء هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضى على سبيل الإلزام(١) . ومؤدى فصل الخصومة ، هو الحل الذي يقع فى نفس القاضى من أجل النزاع المعروض عليه بناء على تطبيق الاحكام الشرعية على الوقائع ، ويعبر عنه بقول أو فعل يتضمن إلزام كلا الخصمين بالأوضاع الحقوقية التى يراها القاضى فى ذلك الحل(٢) .

والقاضى حين يطبق الأحكام الشرعية على النزاع نجد أنه قد يطبقها بالأخذ مباشرة من دليل شرعى تفصيلى مثل آية كريمة أو حديث نبوى شريف ، وقد يستنبطها بالاجتهاد المبنى على القياس أو غيره من المصادر الفرعية . أما معرفة الوقائع فإن طريق القاضى إليها ينحصر فى حجج الخصوم وأدلتهم من بينات وإقرار وأيمان وقرائن ونحو ذلك من وسائل الإثبات المعتبرة .

فثمرة الحكم القضائى تتمثل فى خروج كل من طرفى الخصومة بمراكز شرعية جديدة تختلف عن تلك التى كانوا عليها قبل صدور الحكم إما زيادة وإما نقصا وقد تكون الزيادة بمجرد تقوية للأوضاع السابقة .

كذلك فإن الحكم القضائى فى شريعة الإسلام لا ينتج تلك الثمرة إلا بشروط فصلها فقهاؤها . من أهمها : أن يتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة ، وأن

---

(١) أنظر د . محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ، القسم الثانى ص ٢٠٣ ، منشورات وزارة الاوقاف الاردنية .

(٢) راجع ابن فرحون ، المرجع السابق ص ١١٧ ، وانظر القرافى ، المرجع السابق ص ٨ .

يصدر الحكم بصيغة تدل على الإلزام ، وأن يكون واضحا فى تحديد المحكوم والمحكوم له ، وأن يكون فى حضرة الخصوم ، وأن يصدر عن قاض صحيح التولية(١) .

ويتبلور مفهوم الحجية فى الفقه الإسلامى فى أن الحل الذى يعلنه القاضى لخصومة معروضة عليه ، إنما ينبنى على مقدمات ووقائع تدخل تحت واحد من أمرين ، هما :

الأول : الوقائع التى يدعيها أطـــراف الخصومة ويكشف عنها الشهود وطرق الإثبات الأخرى .

الثانى : الحكم الشرعى الذى يستقيه القاضى من المصادر الشرعية من كتاب أو سنة أو اجتهاد . ومن ثم يكون الحكم القضائى محصلة تطبيق الحكم الشرعى على الوقائع التى يدعيها الخصوم وتكشف عنها البينات .

وعلى ضوء ذلك يتضح أن الحكم القضائى لايعدو أن يكون عملا بشريا ، احتمال الخطأ فيه يكون وارداً ، شأنه شأن غيره من أعمال البشر ، وذلك من ناحيتين :

الأولى : الجهة التى اكتشف الحكم الشرعى بواسطتها أثناء طلبه من مصادره الشرعية .

الثانية : الجهة التى تقدر الوقائع المدعاة من قبل أطراف الخصومة وكشف عنها التحقيق والنظر فى الحجج الشرعية .

وبناء على ذلك فالقاضى مهما كان بارعا فى الحكم القضائى الذى قضى به ، فإن هذا الحكم لايسلم من الاحتمالين السابقين ، ومن ناحية أخرى لو أخـــذ الاحتمالان السابقان بعين الاعتبار فى الأحكام ، فإن القضاء سوف يتعطل ولاينفذ أى حكم يصدر عنه وبالتالى تعم الفوضى وتنتشر بين العباد .

(١) د . محمد نعيم ياسين ، المرجع السابق ص ٢٠٦ وما بعدها .

لهذا كان لابد من حمل الأحكام القضائية على الصحة وإهمال مقتضى هذين الاحتمالين ، على أن يراعى فى تقدير الحكم القضائى سلامة حال القاضى من حيث الشروط المطلوبة لتعيينه ، وسلامة الأسلوب الذى صدر به الحكم من الناحية الشكلية وذلك باستكمال الشروط التى يتطلبها الشرع فى الأحكام القضائية .

وبذلك نجد أن مفهوم حجية الحكم القضائى قد تحدد عند فقهاء الشريعة الإسلامية بأن الظاهر من كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية ، هو كون الحكم صحيحا ومحققا للعدالة وبالتالى يستحق التنفيذ . وعليه إذا كان هناك طلب مبنى على مجرد إحتمال ولم يقترن بدليل مقبول بحيث يقتضى ويتطلب فائدة من الإعادة ، فإنه ـ بناء على ذلك الظاهر ـ لا يلبى هذا الطلب بإعادة النظر فى القضية ولا بتأجيل تنفيذ الحكم أو نقضه(١) . وقد صرح بهذا المعنى بعض الشافعية كالماوردى وابن أبى الدم وبعض المالكية كابن فرحون ، ومن عباراتهم فى ذلك قول الماوردى: « الظاهر من أحكام القاضى نفوذها على الصحة(٢) » ويقترب من هذا القول ما قاله ابن أبى الدم(٣) . أما صاحب التبصرة فيقول : « يحمل القضاء على الصحة مالم يثبت الجور(٤) » .

ومفهوم الظاهر يقتضى أن يصار إليه ويعمل بما يدل عليه من أحكام وحقوق ولا يجوز تركه إلى غيره إلا بدليل يدل على جواز الترك ، بيد أنه قابل للتغيير إذا قامت أدلة وقرائن تقتضى ذلك(٥) .

---

(١) راجع تكملة المجموع ، للعقبى ، جـ ٣٠ ص ٢٨٣ ، منشورات المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

(٢) راجع أدب القاضى للماوردى جـ ١ ص ٦٩١ طبعة بغداد ، مطبعة الإرشاد ، تحقيق محيي هلال سرحان .

(٣) أنظر أدب القضاء لابن أبى الدم ، ص ٨١ طبعة ١٩٧٥ .

(٤) راجع ابن فرحون ، المرجع السابق ، ص ٧٤ .

(٥) راجع مصادر التشريع الإسلامى لمحمد أديب الصالح ، ص ٢٣٢ الطبعة الاولى .

وحمل الحكم القضائى على الصحة فى الظاهر مقتضاه عند الفقهاء ، أن هذا الحكم يجب تنفيذه ، والعمل به ، وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل ، واعتباره حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه ، ومن ناحية أخرى فإن حمل الحكم القضائى على الصحة فى الظاهر يقتضى أن لا يعتبر الحكم مقدسا إلى حد لا يمكن معه نقضه ، وإنما هو معرض للنقض والتغيير إذا قامت أدلة قوية على أنه قد جانب الحق والصواب(١) .

ذلك أن روح الإسلام وقواعده تأبى أن تعترف بأى وضع يتبين بالأدلة الكافية أنه باطل ، لأن الباطل منكر ، والمنكر يجب تغييره ، وإلى هذا أشار الفاروق عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى كتابه إلى أبى موسى الأشعرى حيث قال: « إن الحق قديم لا يبطله شىء وإن الرجوع إلى الحق أولى من التمادى فى الباطل »(٢) .

وبعد بيان مفهوم الحجية فى الفقه الإسلامى ، أضحى الأمر مختلفا من حيث إن قوة الحجية التى يتمتع بها الحكم القضائى الصادر وفق الشروط الشرعية ، تختلف قوة وضعفا باختلاف المراحل التى يمر فيها الحكم ، وإنما يحوز الحكم القضائى الصحيح حجية ذات قوة محددة من أول الأمر وهى اعتباره محقا عادلا من حيث الظاهر وهذه القوة تكفى لجعله مستحقا للتنفيذ ، وهى الحجية يجب على كل القضاة احترامها من غير أن يستثنى منهم أحـــد ، كما يجب على جميع الحكام مراعاتها وليس لأحـــد منهم أن ينقض الحكم القضائى الصادر وفق الشروط الشرعية .

---

(١) أنظر تكملة المجموع المرجع السابق للمطيعى ، ص ١٣٨ .

(٢) أنظر سنن الدارقطنى ، جـ ٤ ص ٢٠٦ طبعة ١٩٦٦ ، وأيضا السنن الكبرى للبيهقى جـ ٤ ص ١٥٠ طبعة ١٣٥٥هـ . وراجع أيضا سبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ص ١٦٢ طبعة ١٣٤٥هـ .

المبحث الثانى

مقتضيات حجية الحكم القضائى وتطبيقاتها

٨ — تمهيد وتقسيم : اتضح مما تقدم أن حمل الأحكام القضائية على الصحة فى الظاهر يستوجب احترامها وترتيب آثارها عليها وعدم تعطيل العمل بها بحجة الاحتمالات التى لم تقم عليها أدلة معتبرة ، وهذا الاحترام يتجلى فى المقتضيات التالية والتى يمكن بحثها ومناقشتها من وجهتى النظر القانونية والشرعية فى فى المطالب الستة التالية :

المطلب الأول : عدم تعقب القاضى لأحكام القضاة السابقين .

المطلب الثانى : عدم جواز رجوع القاضى عن قضائه بعد صدوره صحيحا .

المطلب الثالث : احترام الأحكام السابقة واعتبارها فى القضايا المستقلة .

المطلب الرابع : نفاذ أحكام القضاء المبنية على الاجتهاد وإلزام الخصوم بها .

الفرع الأول : نفاذ أحكام القضاء المبنية على الاجتهاد .

الفرع الثانى : نفاذ أحكام القضاء المنشئة فى الظاهر والباطن .

المطلب الخامس : عدم تأثر أحكام القضاء بما يحدث بعد صدورها .

الفرع الأول : عدم تأثر الحكم بما يحدث بعد صدوره من شبهات فى البينات المبنى عليها .

الفرع الثانى : عدم تأثر الحكم بما يظهر بعد صدوره من بينات لا تدل على خطأ فيه .

المطلب السادس : بطلان أحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية .

المطلب الأول

عدم تعقب القاضى لأحكام القضاة السابقين

٩ — إعمالا لطبيعة الوظيفة القضائية ذاتها، لم تسمح التشريعات بمباشرتها إلا بناء على طلب ممن قامت به الحاجة إلى القضاء، فالقاضى لا يعمل من تلقاء نفسه، بحيث إن نظر خصومات الناس لا يكون إلا بناء على طلب منهم يقدم وفقا للقواعد والإجراءات التى تحددها التشريعات، ويعتبر ذلك مبدأ عاما من المبادئ التى تحكم الخصومة، ويعرف بمبدأ الطلب(١). وبالطلب تتحدد سلطة القاضى، فلا يجوز له أن يقضى بما لم يطلبه الخصم ولا بأزيد مما طلبه، وإذا تم غير ذلك، أى بأن يسمح للقاضى أن يرفع الدعوى أمامه من تلقاء نفسه، فإنه يصبح مدعيا وقاضيا فى الوقت نفسه، وهو أمر تأباه طبائع الأشياء ومنطق الأمور.

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع مقيدة بالوقائع والطلبات المطروحة عليها، فلا تملك التغيير فيها أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم، والحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه يعد من وجوه التماس إعادة النظر، إلا إذا كانت المحكمة مدركة لما تقضى به وحقيقة ما قدم إليها من طلبات وعالمة بأنها بقضائها إنما تقضى بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، إذ يكون سبيل الطعن فى هذه الحالة هو النقض وليس التماس إعادة النظر(٢).

---

(١) أنظر فى هذا المبدأ محمود هاشم قانون القضاء المدنى، ج ١ ص ٩٦ بند ٤٦.
Normand J., le juge et le litige, These, Paris, 1965, P. 40.
وليمان — موجز ج ١ ص ٢٢٨ بند ١٢٩ مشار إليه فى محمود هاشم، هامش ١١٢.

(٢) أنظر نقض ١٢/٥/١٩٨٢ فى الطعن رقم ١٥٥٧ لسنة ٤٨ ق، مجلة المحاماة س ٦٤، عددى ٧، ٨ ص ١٠٨ رقم (٨) نقض ٢/٢/١٩٨٢ فى الطعن رقم ٧٤٥ =

ويترتب على ذلك أنه لا يصح للقاضى أن يتعقب الأحكام القضائية الصادرة من غيره بدون متظلم أى بدون طلب ، ولو كان القاضى هو المحكمة الأعلى . فالطعن فى الأحكام يجب أن يوجد ممن له مصلحة فى توجيهه وإلا فلا يسمع ولا ينظر(١) .

غير أنه يجوز تعقب الحكم الابتدائى إذا طلب الخصم ذلك ، وإن لم يكن معه حجة جديدة يريد أن يطرحها أمام القاضى الجديد (قاضى الاستئناف) . بمعنى أن الطعن بالاستئناف جائز فى كل الأحكام الابتدائية الجائز استئنافها لأى سبب من الأسباب ، ولو كان من الأسباب التى سبق طرحها على المحكمة الابتدائية ، أملا من اقتناع محكمة الاستئناف بهذه الأسباب التى لم تقتنع بها محكمة الدرجة الأولى .

١٠ — ليس للقاضى فى الفقه الإسلامى أن ينظر فى الأحكام التى صدرت عن غيره من القضاة الذين سبقوه ، إذا تحققت فى أولئك القضاة جميع شروط التولية من عدالة وعلم وغير ذلك .

يقول ابن فرحون : « فأما العالم العادل فلا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة ، فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا ، وإن سأله الخصم ذلك ...(٢) » . وهذا المظهر للحجية مقيد بما إذا لم يقم أحد الخصوم بطلب النظر فى حكم من الأحكام ، ولم يكن معه حجة تدل على أن الحكم كان باطلا أو ظالما . أما مجرد طلب الخصم إعادة النظر

١٩٨٢/٣/٤ نقض (١) رقم ٧ ص ٤ عددى ٣ ، المحاماة س ٦٤ لسنة ٤٧ ق =
رقم ١٥ . ص ١٠٦ ، الأول والثانى ، المحاماة س ٦٤ . ق ٤٨ لسنة ١٦٦٤ رقم الطعن فى

(١) راجع د . محمد حامد فهمى المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٤٠ . القاهرة ص ٦٤٨ . عبد الباسط جميعى ، شرح قانون الإجراءات المدنية ـ دار الفكر العربى ص ٤٩٦ . .

(٢) التبصرة ، ج ١ ص ٧٤ المرجع السابق .

في حكم قضائي لا يجيز للقاضي تلبية طلبه ، إلا إذا كان مع المتظلم بينة تشهد بصحة دعواه .

غير أن أبا حامد الإسفرايني ، من الشافعية ، يرى أنه يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه ، وإن لم يكن ذلك واجبا عليه ، زيادة في الاحتياط حتى إذا ما وجد حكما فيه سبب من أسباب النقض الشرعية نقضه(١) .

في حين ترى بقية علماء الشافعية وجميع فقهاء المالكية أنه لا يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة السابقين من غير متظلم معه بينة شرعية تدل على استحقاق الحكم للنقض وذلك لسببين : الأول : أنه لا يجوز للقاضي أن يشغل بماض لم يلزمه ولم يكلف بالنظر فيه عن مستقبل يجب عليه ، والثاني : أن تعقب أحكام القضاة السابقين يتضمن قدحا فيهم لأن الظاهر نفوذ أحكامهم على الصحة ويجب صيانة القضاة عن الابتذال ورفق القضاء عن الوهن(٢) .

وإذا كان من غير الجائز أن يتعقب القاضي أحكام القضاة الذين سبقوه في منصب القضاء وانتهت ولايتهم ، فمن باب أولى لا يمكن القاضي من النظر في أحكام القضاة الآخرين الذين لا يزالون في ولايتهم ، لأن الضرر من تتبع أحكامهم يكون أشد من تتبع أحكام القضاة السابقين ، في المذهب المالكي نص ابن فرحون على أنه « إذا اشتكي على القاضي في قضية حكم بها ، ورفع ذلك إلى الأمير ، فإن كان القاضي مأمونا في أحكامه ، عدلا في أحواله ، بصيرا بقضائه ، فليس للأمير أن يعرض له في ذلك ، ولا تقبل شكوى من شكاه ، ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه ، فإن ذلك من الخطأ أن فعله ، ومن الفقهاء من تابعوه على ذلك . وإن كان عنده متهما في أحكامه ، أو غير عدل في حاله ، أو جاهلا في قضائه فليعزله وليول غيره ، ولو فعل ذلك الأمير مخالفا لهذا الأصل ،

(١) راجع الأم للشافعي ، ج ٦ ص ٢٠٨ ، طبعة بولاق ١٣٢٤ هـ بمصر .

(٢) الأم للشافعي ، نفس الموضع والجزء ، الماوردي ، ج ١ ص ١ [illegible]

فأجلس الفقهاء وأمرهم بالنظر فى تلك الحكومة، وتابعوه على جهالة ومخالفته أو أكرهوا على النظر، فرأوا فسخ ذلك الحكم، ففسخه الأمير ورد قضيته إلى رأى الفقهاء، فالرأى أنه يجب على كل قاض ينظر فى الحكم بعد ذلك أو يرفع إليه أن يمضى الحكم المفسوخ أو يفسخ الحكم الذى أبرمه الأمير ثانياً، والفسخ الذى تكانه الأمير والفقهاء باطل، إلا أن يكون الأول مخالفاً لقطعى من كتاب أو سنة أو إجماع فيمضى الفسخ ويجيز ما فعله الأمير»[١].

أيضاً جاء فى الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند أنه «ليس للسلطان أن يأمر القاضى بإعادة النظر فى القضية أمام العلماء»[٢].

فالنصوص المتقدمة تدل على أنه ليس لأحد أن يتعقب الأحكام التى يصدرها القاضى حتى وإن كان ذلك المتعقب هو الأمير أو الخليفة، إلا أن يتظلم منه متظلم معه بينة مقبولة تدل على مخالفة الحكم للكتاب أو السنة أو الإجماع، وهذا موضع اتفاق بين القانون والشريعة فيما عدا مسألة جواز تعقب الحكم القضائى الابتدائى والتى تجيزها القوانين الوضعية فهذه مما تخالف فيها الاجتهادات الفقهية الإسلامية إذ لا يصح عند فقهاء الشريعة إعادة النظر فى حكم قضائى صادر وفق الشروط الشرعية إلا إذا طلب خصم ذلك واستعد لتقديم الحجج والبينات الدالة على استحقاق الحكم للنقض بوجود بعض الأسباب الموجبة لذلك، ومن هنا كان نص الفقهاء على أن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعى مستوفية لشرائطها الشرعية فلا تنقض ولا تعاد[٣]. ومن هذه الناحية يتضح أن الفقه الإسلامى أكثر اعتباراً لحجية الحكم القضائى وحفظ حرمة الوظيفة القضائية

---

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٩ المرجع السابق.

(٢) الفتاوى الهندية، ج ٥ ص ١٣٦، طبعة بيروت ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

(٣) راجع. مباحث المرافعات والتوثيقات والدعاوى الشرعية، لمحمد زيد الإبيانى ص ٤٨ طبعة ١٣٣١هـ / ١٩١٣م. الثانية.

من القوانين الوضعية ، إذ يرى الفقهاء فى مجرد إعادة النظر فى قضية من غير ضرورة أو حاجة أو فائدة جديدة ابتذالا ينبغى أن يصان القضاء عنه .

المطلب الثانى

عدم جواز رجوع القاضى عن قضائه بعد صدوره صحيحا

١١ — يعتبر خروج المنازعة من ولاية المحكمة أثرا من آثار الحكم القضائى — من وجهة النظر الوضعية — حيث لا يملك القاضى سحب الحكم الذى أصدره ، ولا إحداث أى تغيير فيه أو إضافة إليه (١) . على أن هناك استثناءات يجوز فيها للقاضى الذى أصدر الحكم أن يعيد النظر فى القضية ويصدر فيها حكما جديدا ، أو يصحح الخطأ الحاصل فى الحكم وذلك سوف نتعرض له إن شاء الله فى مبحث قادم .

فإذا ولينا الوجه شطر الشريعة الغراء ، وجدنا أنه ليس للقاضى أن يحكم فى حادثة ثم يرجع عن حكمه أو يبطله بناء على تجدد اجتهاده ولو فعل لم ينتقض الحكم سواء أكان رجوعه بناء على تغير اجتهاده فى استنباط الحكم الشرعى الذى طبقه على الخصوم أم كان بناء على تغير اجتهاده فى تقدير الظروف والقرائن وتزكية الشهود وقوة الحجج والبينات ونحو ذلك (٢) . وقد جاء فى الفتاوى الهندية « إذا قال القاضى بعدما قضى فى حادثة رجعت عن قضائى

(١) د . محمد حامد فهمى ، المرجع السابق ص ٦٣٧ ، د . أبو هيف ، المرافعات المدنية ، ص ٥٧٣ طبعة ١٩١٥م ، الناشر مكتبة المعارف ، د . عبد الباسط جميعى ، المرجع السابق ص ٤٧٩ . وأنظر تفصيلا بحث الدكتور / محمود هاشم فى استنفاد ولاية القاضى المدنى فى قانون المرافعات ، القاهرة ١٩٨٠ . أحمد أبو الوفا — نظرية الاحكام — ١٩٧٧ — ص ٤٧٠ .

(٢) الشافعى ، الأم المرجع السابق ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، الفتاوى الهندية المرجع السابق ص ٣٣٢ الإيبانى ، مباحث المرافعات المرجع السابق ص ١٨٣ على عرنة ، الأصول القضائية ص ٣١٠ ، طبعة ١٩٢١ م .

أو أبطلت حكمى أو وقفت على تلبيس الشهود ، أو أراد أن يبطل حكمه ، لا يعتبر هذا الكلام منه والقضاء ماض على حاله إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة »[١].

وبناء على ذلك لا يجوز للقاضى أن يرجع عن قضائه إلا إذا كان فيه خطأ بين وصريح ، ولا يوجد من فقهاء الشريعة من قال به ، فإن وجد فيه واحد قال به ، لم يكن للقاضى الذى أصدره أن ينقضه وإن رأى أن غيره من الآراء أحسن منه[٢].

وعلى الرغم من أن بعض فقهاء المالكية أجاز للقاضى أن يفسخ حكما أصدره إلى ما هو أحسن منه وأصوب ، إلا أن الراجح فى المذهب المالكى هو أنه لا يجوز ذلك ، لأنه لو أجيز ذلك للقاضى لكان له فسخ الحكم الثانى إلى حكم ثالث بحيث لا يقف ذلك عند حد ، وعندئذ لا يثق أحد بما يصدر عنه من أحكام وفى ذلك ضرر شديد[٣] ، هذا إذا ظل القاضى فى منصبه وأراد أن يغير حكمه الصادر عنه ، أما إذا عزل ثم ولى فليس له نقض الأحكام التى أصدرها قبل العزل بلا خلاف[٤] . والقاعدة الشرعية فى هذا المقتضى الذى نحن بصدده ، هى سنة الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ العملية وبعض الأخبار والأقضية المأثورة عن بعض الصحابة والتابعين ، فقد ذكر عن الشعبى رحمه الله قوله « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بغير الذى قضى ، فلا يرد قضاءه ويستأنف » .

---

(١) الفتاوى الهندية ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ المرجع السابق .

(٢) القرافى ، الاحكام المرجع السابق ص ١٧٤ ، ابن فرحون جـ ١ ص ٧١ المرجع السابق ، الماوردى أدب القاضى جـ ١ ص ٦٨٢ المرجع السابق .

(٣) ابن فرحون ، المرجع السابق ص ٧١ .

(٤) ابن فرحون المرجع السابق ص ٧١ .

وقد علق الخصاف على هـــذا الخبر بقوله « فهذا دليل على أن القاضى إذا قضى بالاجتهاد فى حادثة ليس فيها كتاب ولا سنة ثم تحول عن رأيه فإنه يقضى فى المستقبل ولا ينقضى ذلك الذى كان منه برأيه الأول »[١] .

ومن أخبار الصحابة الدالة على ذلك ما روى عن الفاروق عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أنه حكم فى مسألة « المشتركة » بحكم لم يشرك فيه بين الأخوة لأم والأخوة الأشقاء وبعدها بعام واحـــد عرضت عليه قضية مماثلة فشرك فيها بينهم بالتساوى ، فلما سئل عن ذلك قال « تلك على ماقضينا وهـــذه على ما قضينا »[٢] .

ومن أخبار التابعين فى ذلك ما ذكر عن القاضى شريح ـ رحمه الله تعالى ـ أنه كان يقضى بالقضاء ، ثم يرجع عنه فيقضى بخلافه ولا يرد ما كان قضى به أولا ، وشريح كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضى الله عنهما فما فعله يظهر أنه فعله سماعا منهما[٣] .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية فى أن هذا المقتضى يتقيد بقيود وحدود فإن بعداها لم يعد للحكم حجية .

---

(١) راجع أدب القاضى للصدر الشهيد جـ ٣ ص ١٦٧ ، ١٦٨ طبعة ١٩٧٧ ، مطبعة الإرشاد ببغداد .

(٢،٣) الصدر الشهيد ، المرجع السابق ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، السرخسى المبسوط جـ ١٦ ص ٥٨ ، مطبعة السعادة ١٢٣٤ هـ .

المطلب الثالث

احترام الأحكام السابقة واعتبارها فى القضايا الحادثة
الأثر الإيجابى للحجية

١٢ — توجب حجية الحكم القضائى احترام مضمونه فى أى دعوى أخرى تثار فيها ذات المسألة التى فصل فيها ذلك الحكم . بحيث لا يجوز للمحكمة التى تنظر الدعوى أن تعيد مناقشة تلك المسالة من جديد بعد أن فصل فيها حكم سابق ، وإنما عليها التسليم بما انتهى إليه ذلك الحكم فى تلك المسألة ، واعتباره فى الدعوى الجديدة، بوصفه مستندا وحجة الخصم الذى يستند إلى ذلك الحكم. وهذا الاعتبار هو ما يعرف فى فقه القانون بالأثر الإيجابى للحجية القضائية . وعليه إذا رفعت - بعد صدور الحكم بملكية عقار من العقارات - دعوى المطالبة بتسليم هذا العقار لمن حكم له به أو المطالبة بريعه ، فلا يجوز للمحكمة المرفوعة إليها هذه الدعوى أن تعيد بحث مسألة الملكية من جديد ، ولمن تكون ؟ بل يجب عليها احترام الحكم الأول بشأنها والقضاء بتسليم العقار المحكوم بملكيته للمحكوم له ، أو القضاء بريعه عن الفترة التى يطالب بها المحكوم له .

وإذا خالفت المحكمة هذا الأثر الإيجابى للحجية ، فإنها بذلك تكون قد خالفت أصلا من الأصول المستقرة، ويكون حكمها لذلك باطلا لمخالفته للقانون الأمر الذى أدى بالأنظمة الوضعية إلى أن تجعل من ذلك سببا للطعن بالنقض فى الحكم المخالف للحجية(١) ، من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٤٩ من قانون

---

(١) أنظر د . محمود هاشم، اجراءات التقاضى والتنفيذ ، ص ١٦٦ . د/ وجدى راغب ، مبادىء القضاء المدنى ٨٦، ١/ ١٩٨٧ ، ص٤٤ . د . فتحى والى - قانون القضاء المدنى ج ١ ص ٢٦٩ ، ٢٧٢ .

Vincent et Guinchard, op. Cit. P. 116 No. 87.

(٢) ضياء شيت خطاب ، الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، بغداد =

المرافعات المصرى من أن « للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى — أيا كانت المحكمة التى أصدرته — فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى » .

١٣ — وإذا كان ماتقدم هو ما قررته الأنظمة الوضعية ، فإنه هو ذات ما قررته الشريعة الإسلامية التى تقضى بأنه إذا كان من الواجب على القاضى أن يحترم أحكام القضاة الآخرين ، فإنه مطالب أيضا بتنفيذها والعمل بها وأخذها بعين الاعتبار عند إصدار أحكام جديدة . وقول الفقيه ابن فرحون المالكى ، المتقدم يشير إلى ذلك « والعادل العالم من القضاة لا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة » . والتجويز هنا يعنى تصحيحها واعتبارها فى الخصومات الحادثة بعد ذلك . ويقول الصدر الشهيد « إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها ... »(١) . بل إن الفقهاء قد ذهبوا إلى أن كل قاض رفعت إليه قضية قضى فيها مرتين بحكمين مختلفين ، ملزم بإبطال الحكم الثانى وإمضاء الحكم الأول إذا كان صادرا فى مسألة مجتهد فيها . ولا يجوز له أن يعتمد الحكم الثانى وكل حكم صدر بعد الأول مخالفا له ، لا تكون له أية حصانة قضائية ، ويجب نقضه إذا عرض على القضاء فى خصومة جديدة(٢) .

= ١٩٧٣ ، ص ٣٤٠ ، ود . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ، طبعة ١٩٧٧ ، ص ٤١٧ . د. وجدى راغب المرجع السابق ص ٦٧٢ .

(١) الصدر الشهيد ، شرح أدب القاضى جـ ٣ ص ١١٠ ، وأيضا أنظر أدب القضاة لابن أبى الدم ص ٨١ .

(٢) الصدر الشهيد المرجع السابق ص ١١٠ ، السمنانى المرجع السابق ص ٣٢٣ .

المطلب الرابع

نفاذ أحكام القضاء المبنية على الاجتهاد وإلزام الخصوم بها

١٤ — تمهيد وتقسيم : لعل من أهم مقتضيات حجية الأحكام القضائية احترامها وعدم السماح بالمساس بها . ويكون ذلك بنفاذها إن كانت مبنية على الاجتهاد وعدم تأثرها بما يحدث بعد صدورها من تغيير فى هذا الاجتهاد ، مع إلزام الخصوم بهذه الأحكام ولو خالفت آراءهم ، وكذلك نفاذ هذه الأحكام ظاهرا وباطنا متى كانت أحكام منشئة ، وذلك على تفصيل نورده فيما يلى :

الفرع الأول

نفاذ أحكام القضاء المبنية على الاجتهاد

١٥ — الأصل أن الحكم إذا صدر صحيحا ، مستوفيا لشروطه الشرعية والنظامية ، فإنه يكون نافذا واجب الاحترام ، دون تأثير عليه من اختلاف الاجتهاد أو الرأى القانونى حوله ، سواء كان ذلك الاجتهاد أو الرأى صادرا من قضاة أو حتى عن الخصوم أنفسهم ولو كانوا من المتفقهين فى القانون أو الدين. كان ذلك هو الأصل ، ونبين الآن تفاصيل هذه القاعدة .

أولا : نفاذ القضاء فى المجتهدات وعدم تأثره باختلاف الاجتهاد :

١٦ — توجد التشريعات المختلفة طرقا لمراجعة الأحكام القضائية ، رفعا لما يكون قد شابها من أخطاء أو اعتورها من قصور . ومن بين هذه الطرق طريق الطعن بالاستئناف appel ، والذى تكون فيه لمحكمة الاستئناف أن تفصل فيما يرفع إليها من طعون بأحكام جديدة تكون بديلة لتلك الأحكام

المطعون فيها . ولم تحدد هذه التشريعات أسبابا معينة للطعن بالاستئناف ، ومن ثم يكون للمستأنف أن يبنى طعنه على ما يشاء من أسباب ، سواء تعلقت بالوقائع أم بالقانون(١) ومن هنا تفترض هذه التشريعات الوضعية أن الأحكام الابتدائية مشوبة بالخطأ والجور ، ومن ثم فهى تجيز التظلم منها إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرتها . ولا محيد عن هذه الفكرة إلا فى أحوال محصورة يكون الحكم فيها غير قابل للاستئناف، وهى التى يكون فيها موضوع الدعوى صغيرا أو تافها بحيث لا يتحمل المصاريف التي يتكبدها الخصوم فى الاستئناف(٢) . أو الأحوال الخاصة التى تنص عليها الأنظمة مثل الأحكام الصادرة بوقف البيع أو استمراره،أو الصادرة فى طلبات تأجيل البيع العقارى (م ٢١٩ — ٢٢٢ من قانون المرافعات المصرى)(٣) . ومن هنا ، نجد أن القوانين الوضعية تسمح بمراجعة الأحكام القضائية لخطأ فى الوقائع أو فى تقديرها أو لخطأ فى القانون أو فهمه .

كذلك فإن القانون يحتوى على تنظيمات خاصة لنقض الأحكام أو تغييرها، والأصل فيها أنه لا يستطيع قاض أن ينقض أحكاما صادرة عن قاض آخر إلا بالطرق القانونية المحددة . وبغير هذه الطرق يمتنع بصورة مطلقة على أى قاض آخر أن يتعرض لأحكام أصدرها غيره مهما كان كبر عيبها وظهور خطئها(٤) .

ولقاضى الاستئناف أن يلغى الحكم الأول بناء على اجتهاد خاص فى تفسير القانون المطبق على المنازعة أو بناء على ظهور أدلة جديدة أو بطلان الأدلة

(١) د . محمود هاشم ، إجراءات التقاضى ، مشار إليه ص ١٧٧ .

(٢) د. أبو هيف ، المرجع السابق ، ص ٦٢٢ ، ٦٢٣ .

(٣) أنظر فى تفاصيل هذه الحالات ، محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، ج٢ ص ٣٧٥ — ٤٨٢ .

(٤) د. محمد حامد فهمى ، الرجع السابق ص ٦٤٥ .

السابقة ، ولمحكمة النقض أن تنقض الأحكام بناء على تبنيها لاجتهاد خاص في تفسير القانون مخالف لاجتهادات المحاكم الأخرى ، بل إن اجتهادات محكمة النقض في تفسير القانون تبدو من الناحية الواقعية هي السائدة والملتزم بها لدى قضاة المحاكم الأخرى(١) .

والحكم في القوانين الوضعية يصبح ذا حصانة مطلقة من النقض أو حتى مجرد إعادة النظر فيه إذا استنفد الخصوم جميع طرق الطعن باستعمالها فعلا ، أو بفوات مواعيدها القانونية مهما ظهر خطؤها أو جورها بعد ذلك .

١٧ — أما الشريعة الإسلامية فقد قررت أنه إذا صدر حكم قضائي في حادثة معينة ، ورفع هذا الحكم إلى قاض آخر وجب على الآخر احترام الحكم الصادر ، وعدم نقضه إذا كان موضوعه مجتهدا فيه وليس فيه ما يخالف نصا قطعيا من الكتاب الكريم أو السنة أو الإجماع المعتبر ، وليس فيه ظلم واضح صريح لا ريب فيه ، فينفذ كل ما فيه خلاف وآراء فقهية ، وإن كان القاضي الثاني لا يرى رأي القاضي الأول في المسألة التي صدر الحكم فيها(٢) . وهذا كله إذا كان الحكم الأول قدر من قاض صحيح التولية وفق الشروط الشرعية وضمن اختصاصه المنصوص عليه في كتاب التولية(٣) . وهذا الأصل في الواقع

---

(١) د . عبد الباسط جميعي ، د . محمد محمود إبراهيم ، مبادىء المرافعات المرجع السابق ص ٦٦ د . فتحي والي ، مبادىء قانون القضاء المدني ص ٦٣٣ الطبعة الثانية ، الناشر دار النهضة العربية ١٩٧٥ م .

(٢) القرافي ، الأحكام ص ٢٨ .

(٣) راجع روضة القضاة ، للسمناني ص ٣٢٣ طبعة بغداد ١٩٧٠ ؛ الناشر مطبعة أسعد ، وأنظر الفواكه المديدة ، لأحمد بن محمد التيمي ، ج ٢ ص ١٤١ ، ص ١٨٤ طبعة ١٩٦٠ ، الأولى ، وأيضا الفتاوى البزازية ، لابن البزاز الكردي ، ج ٢ مطبوع على هامش الفتاوى الهندية ، ج ٥ ص ١٣٥ ، والقضاء في الإسلام ، إبراهيم نجيب عوض ص ٢٣٩ طبعة ١٩٧٥ م .

وهذا الأصل فى الواقع متفرع عن قاعدة فقهية مؤداها أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، لأن الاجتهاد الثانى ليس بأقوى من الأول ، ولأن نقض الاجتهاد بالاجتهاد يؤدى إلى مفسدة عامة حيث لا يستقر حكم من الأحكام نتيجة لكونه عرضة للنقض بتغير الاجتهاد، والنقض معرض للنقض كذلك وهكذا دواليك من كل ما فيه مفسدة . أيضا فإن الصحابة رضوان الله عليهم قد أجمعوا على اعتبار هذا الأصل ، فقد حكم الصديق أبو بكر رضى الله عنه فى مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ولم ينقض حكمه حيث مر حكم عمر فى المشتركة بعدم المشاركة بين نوعى الإخوة ثم حكمه بالمشاركة بينهم جميعا من غير أن ينقض ما حكم به فى المرة الأولى . أيضا روى عنه أنه قضى فى ميراث الجد بأحكام مختلفة ولم يكن يرجع عن أقضيته الأولى .

وعلى ضوء هذا الأصل ، لو حكم قاض حنفى ببطلان خيار المجلس أو بمنع القصاص فى القتل بالمثقل ، أو بصحة النكاح بدون ولى ثم عرض قضاؤه على قاض آخر لا يرى صحة هذه الاجتهادات الفقهية، فليس له أن ينقض تلك الأحكام ولو نقضها لكان نقضه لها مستحقا للنقض لو عرض على قاض آخر(١) .

١٨ — وبالمقارنة بين القانون والشريعة فى هذا المقتضى ، نجد أن الفكرة السائدة فى القوانين الوضعية — والتى سبق الكلام عنها فى أول المطلب — تختلف اختلافا ظاهرا عما هو الحال هنا فى الفقه الإسلامى حيث يتفق الفقهاء على أن كل حكم صادر عن قاض صحيح التولية ومستوف للشروط الشرعية يعتبر صحيحا ما لم تقم قرينة أو بينة تدل على وجود الخطأ فيه أو الجور ، ولا يجوز أبدا أن يعاد النظر فى الأحكام ما لم تقم مثل تلك البينات والقرائن. أيضا بخصوص صيرورة الحكم ذا حصانة مطلقة من النقض أو حتى مجرد إعادة

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١١٣ ، الناشر دار إحياء الكتب العربية ، عيسى الحلبى بمصر .

النظر فيه حين يستنفد الخصوم جميع طرق الطعن مهما ظهر خطؤها أوجورها، فهذه الفكرة أيضا تختلف عما ذهب إليه الفقهاء الشرعيون الذين أجمعوا على أن الحكم القضائي إذا وقع فيه الخطأ أو الجور وقامت على ذلك أدلة مقبولة شرعا، وجب نقضه وإبطاله.

ثانيا : خضوع اعتقادات الخصوم الخاصة فى المجتهدات لحكم القاضي :

١٩ — الباحث في التشريعات الوضعية يتضح له أن هذا المقتضى من مقتضيات الحجية لا يتأتى فى هذه القوانين لأنها لا تتدخل فى اعتقادات الناس الشخصية، وإنما تلزمهم بالأحكام القضائية وتنفذها عليهم بصرف النظر عن كونها تتعارض مع معتقداتهم أم لا، ولا تبحث بعد ذلك فى مواقفهم الخاصة من هذه الأحكام.

والسبب فى ذلك هو الاختلاف الواضح بين طبيعة القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية حيث لا تعنى الأولى إلا بتنظيم العلاقات الخارجية بين أفراد الناس وجماعاتهم ولا تهتم بعقائدهم أو أخلاقهم الشخصية، وذلك بخلاف الإسلام الذى عنى بأحكامه فى جميع الأنشطة الشخصية الإنسانية الداخلية والخارجية، وترتبط عنده المظاهر الخارجية للسلوك الإنسانى بالدوافع الذاتية لذلك السلوك النابعة من القلب أو العقل.

ذلك أن شارع الأحكام الإسلامية هو الله عز وجل، وهو القادر على مراقبة النشاط الإنسانى بمظهره الخارجى المتجسد على الجوارح، وبجذوره الداخلية المغروسة فى الفكر والاعتقاد، وهو الذى سيحاسب على ذلك كله ويجازى عليه فى الآخرة، ومن ثم لا يستطيع أى مشرع بشرى أن يدعى أنه قادر على أن يحكم العوامل الداخلية للنفس البشرية، وإنما يقتصر سلطانه على السلوك الخارجى وأعمال الجوارح.

٢٠ — وبناء على ما تعنيه أحكام الشريعة الغراء، فإن هذا المقتضى يعنى

أنه يجب على الخصوم الالتزام بحكم القاضي ، وإن كان حكمه مبنيا على اجتهاد مخالف لمذهبهم أو مذهب أحدهم، ولا أثر في ذلك لدرجة القاضي في الاجتهاد، إذ العامي والفقيه في وجوب الالتزام بحكم القاضي سواء .

وقد جاء في الفتاوى الهندية « إذا كان الحكم القضائي بخلاف ما يعتقده المحكوم أو المحكوم عليه وجب عليه أن يتبع حكم القاضي ويترك رأي نفسه سواء كان عاميا أم مجتهدا ، وسواء كان الحكم بالحرمة وهو يعتقد الحل أم العكس(١) » .

وبناء على ذلك قال العلماء « لو أن فقيها قال لامرأته : أنت طالق البتة وكان يرى هذه الصيغة من صيغ التطليق بالثلاث الذي لا تصح فيه الرجعة قبل نكاح شخص آخر ورفعت زوجته عليه دعوى بأنه فعل ما يقتضي الرجعة فقضى القاضي بالرجعة بناء على الاجتهاد الذي يرى هذه الصيغة تطليقة واحدة، كان في وسع ذلك الفقيه أن يقيم مع زوجته ويرجعها إليه ويلتزم بالحكم ولا يلتزم باجتهاد نفسه ، وكذلك إذا كان اعتقاد المطلق الذي قال لامرأته : أنت طالق البتة ، أن هذه الصيغة تفيد التطليق واحدة فخطب امرأته وتزوجها على مهر جديد وشهود ثم رافعته إلى القاضي فجعلها ثلاثا وفرق بينهما . فإنه لا يسع الزوج أن يقربها ولا يسع المرأة أن تمكنه(٢) . وكذا كل قضاء مما يختلف فيه الفقهاء من تحريم أو تحليل أو اعتاق أو أخذ مال أو غير ذلك ينبغي للفقيه المقضي عليه الأخذ بقضاء القاضي ، وأن يدع رأيه ويلزم نفسه ما ألزمه القاضي ، ويأخذ ما أعطاه »(٣) .

---

(١) الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ص ٣٥٤ . الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند .

(٢) أنظر الصدر الشهيد ، شرح أدب القاضي ، ج ٣ ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٣) الصدر الشهيد ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ .

« وليس هناك خلاف فى أن من لا علم له إذا حدثت له حادثة ، فسأل عنها الفقهاء فأفتوه فيها بحلال أو حرام وقضى عليه قاضى المسلمين بخلاف ذلك ، وهو ما يختلف فيه الفقهاء ، فينبغى له أن يأخذ بقضاء ، ويدع عنه ما أفتاه الفقهاء » .

وهذا بخلاف ما لو تغيرت الفتوى ولم تقترن بقضاء ، فليس لها ما للحكم القضائى من أثر الإلزام السابق ، فلو أن فقيها عالما قال لامرأته : أنت طالق البتة ، وهو يرى أن هذه الصيغة ثلاث ، فأمضى رأيه فيها فيما بينه وبينها ، وعزم على أنها حرمت عليه ، ثم رأى عمر بن الخطاب فى ذلك وأنها تطليقه واحدة ، وأنه يملك الرجعة ، وجب عليه أن يمضى رأيه الأول الذى كان عزم عليه من امرأته ، ولا يردها زوجة له ، لأن هناك فرقا بين القضاء والفتوى ، مؤداه أن قضاء القاضى يهدم الرأى ، والرأى لا يهدم القضاء ولا يهدم الرأى[١] .

وقد بنى فقهاء الشافعية على هذه القاعدة فروعا منها أن رجلا لو خالع زوجته ثلاثا ثم تزوجها الرابعة بلا محلل ، لاعتقاده أن الخلع فسخ ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح ، قال صاحب المستصفى : « إن حكم حاكم بصحته ، لم تجب عليه مفارقتها وإن تغير اجتهاده » وقال فى تعليل ذلك : « إنما يفعل ذلك لمصلحة الحكم فإنه لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض النقض والتسلسل فاضطربت الأحكام ولم يوثق بها » ثم قال : « وإن لم يحكم حاكم فالمختار وجوب المفارقة لما يلزم فى إمساكها من الوطء الحرام على معتقده »[٢] .

---

(١) راجع أحمد بن محمد التميمى ، الفواكه العديدة ، ج ٢ ص ١٤١ ، والصدر الشهيد ، المرجع السابق ص ١٨٧ .

(٢) راجع الغزالى ، المستصفى ، ج ٢ ص ١٢٠ طبعة ١٩٣٧م . الأولى ، السيوطى ، الأشباه والنظائر ص ١١٤ .

ومن تلك الفروع التي خرجت على أن القضاء يهدم الرأي وليس العكس، ما حكاه القاضي الشافعي ابن الدم في أدب القضاء عن الأصحاب، أن الحنفي إذا خلل خمرا فأتلفها عليه شافعي لا يعتقد طهارتها بالتخليل، فترافعا إلى قاض حنفي، وثبت ذلك عنده بطريقة فقضى على الشافعي بضمانها، لزمه ذلك قولا واحدا حتى لو لم يكن المدعى بينة، وطالبه بعد ذلك بأداء ضمانها، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء، لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم، والاعتبار في الحكم باعتقاد القاضي دون اعتقاده(١).

ومن ذلك أيضا قضاء القاضي الحنفي بالشفعة للجار والمقضى عليه شافعي فينفذ ظاهرا وباطنا ويحل للشافعي الأخذ بهذه الشفعة(٢).

الفرع الثاني

ثالثا: نفاذ الحكم القضائي في الظاهر والباطن إذا كان موضوعه أمرا للقاضي فيه ولاية الإنشاء.

٢١ — في أغلب الأحيان تكون القوانين الوضعية مقررة لوجود حق، وليست منشئة لحقوق لم تكن موجودة، وخصوصا المواد المدنية والتجارية، وقد تكون منشئة في مسائل الأحوال الشخصية كالحكم بالتفريق بين الزوجين(٣).

وسواء كانت الأحكام مقررة لحق سابق أم منشئة لحق جديد، وسواء

---

(١) راجع أدب القضاء، لابن أبي الدم، ص ١٣٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٤.

(٢) ابن أبي الدم، أدب القضاء ص ١٣١.

(٣) د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٤١، ٦٤٣.

كان الحكم القضائى مطابقا للواقع أم مجانبا له، فإنه واجب النفاذ ولا تتدخل التشريعات الوضعية فى موقف الخصوم الاعتقادى من الأثر الذى أنشأته الأحكام القضائية ، فلو أن قاضيا أصدر حكما لصالح شخص ما بناء على أوراق مزورة لم يستطع اكتشافها ، ومن ثم فإن القوانين لا تتدخل هنا فى وصف تصرف هذا الشخص المزور بالحل أو بالحرمة .

٢٢ — فإذا ما انتقلنا إلى الفقه الإسلامى وجدنا أن هذا المقتضى لم يقل به سوى الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وبيانه أن المحكوم فيه نوعان : —

الأول : ما يكون للقاضى فيه ولاية إنشاء ، بمعنى أن إنشاء مثل هذا الأمر داخل فى اختصاصه بشروط معينة ، كالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق ، فالقاضى يملك أن يبيع مال الشخص حال خوف هلاكه للحفظ ، ويملك إنشاء النكاح على الصغيرة ، والفرقة على العنين(١) .

النوع الثانى : أن يكون المحكوم فيه أمرا ليس للقاضى أن ينشئه فى الأصل كما فى الأملاك المرسلة والميراث وغيره ، فليس له أن يدفع مال فلان لفلان ، وليس له أن يورث فلانا إن لم يكن فيه شىء من أسباب الإرث ، وهذا النوع لا خلاف بين الفقهاء فى أن الحكم فيه لا ينفذ إلا فى الظاهر ولا ينفذ فى باطن الأمر ، بمعنى أن حكم القاضى فى هذه الأمور لا يغير الواقع ولا يحل حراما أو يحرم حلالا .

أما النوع الأول فهو الذى يجرى فيه الخلاف حيث ذهب أبو حنيفة إلى أن حكم القاضى فى هذا النوع ينفذ فى الظاهر والباطن ، وإن كان فى الباطن بخلاف ما استند إليه الحاكم من الظاهر . وفى هذا يخالف أبو حنيفة جمهور فقهاء الشريعة ومنهم صاحباه محمد وأبو يوسف(٢) .

---

(١) راجع منلا خسرو ، درر الحكام جـ ٩ ص ٤٠٩ طبعة المطبعة الشرقية ١٣٠٤ هـ .
وابن عابدين ، الحاشية جـ ٥ ص ٤٥٦ .

(٢) راجع الكاسانى ، البدائع جـ ٧ ص ١٥ ، وابن نجيم ، البحر الرائق جـ ٧ ص ١٤ .

وبناء على ذلك إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت، فأقام على ذلك شاهدى زور، فقضى القاضى بالنكاح بينهما والمدعى وشاهداه يعلمون أنه لا نكاح بينهما، ففى هذه المسألة يرى أبو حنيفة أن قضاء القاضى نافذ فى الظاهر بحيث يجب على القاضى أن يسلم المرأة للرجل، ويقول لها: سلمى نفسك إليه فإنه زوجك، ويقضى بالنفقة وأنه نافذ فى الباطن بحيث يحل للمدعى وطء الزوجة ويحل لها تمكينه ولا حرمة على أى منهما بسبب ذلك ولكن المدعى والشهود آثمون بسبب آخر وهو الكذب وشهادة الزور والافتراء على الناس.

أيضا قال أبو حنيفة فى رجلين استأجرتهما امرأة، فشهدا لها على زوجها زورا أنه طلقها ثلاثا، فرق القاضى بينهما بناء على ذلك ثم تزوجها أحد الشاهدين: أن الشاهدين يأثمان إثما عظيما ولكن الفرقة تمضى بينهما أما الإثم فبسبب شهادة الزور وهى من أعظم الكبائر، وأما مضى الفرقة فلأن الحكم صدر عن دليل صادق من حيث الظاهر، وبناء عليه لا يحل الزوج أن يعاشر الزوجة، ولا يحل لها أن تتزوج بزوج آخر قبل انقضاء العدة، وبعدها يحل لها أن تتزوج زوجا آخر، وإن كان هذا الزوج أحد الشاهدين أو شخصا يعلم بحقيقة الحال.

وعلى ضوء ما قاله الإمام أبو حنيفة يتضح أنه يرى فى مثل هذه الأحكام أنها تنشىء الحقوق وتولدها بعد أن لم تكن فى الحقيقة وواقع الأمر.

وفى هذا يعتمد أبو حنيفة على المروى عن الإمام على رضى الله عنه وكرم الله وجهه، من أن رجلا خطب امرأة وهو دونها فى النسب والحسب فأبت أن تتزوجه، فادعى أنه تزوجها وأقام شاهدين عند الإمام على، فقالت: والله ما تزوجنى يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا عقدا حتى أحل له فقال على: «قد زوجك الشاهدان» وقضى عليها بالنكاح.

ووجه الدلالة فى هذا الخبر أن قول الإمام على « قد زوجك الشاهدان »
وعدم تجديد الزواج بينهما مع موافقة المرأة على ذلك ورغبة المدعى فيها ،
يدل على أن النكاح قد انعقد بينهما بحكم القاضى ولو أن الإمام عليا كان يرى
أن حكمه لا يؤدى إلى إنشاء النكاح بينهما على فرض كون الشهادة زورا
لاستجاب لطلبها وعقد بينهما عقدا جديدا احتياطيا لتحصينها من الوقوع
فى الزنا .

أيضا استدل لأبى حنيفة بأن المصلحة تقتضى نفاذ حكم القاضى فى الباطن
والظاهر معا لأن القضاء إنما شرع لقطع المنازعة بين الخصوم من كل وجه ،
ولو قلنا بعدم نفاذ حكم القاضى فى باطن الأمر لما أدى القضاء وظيفته ، ولما كان
قاطعا للخصومة وحاسما للنزاع من كل وجه ، ومن ناحية أخرى ، فإن المصلحة
تقتضى ذلك حتى لا يؤدى اختلاف الحكم بين الظاهر والباطن إلى نتائج
فاحشة السوء لا تتناسب مع مبادىء الشريعة ، إذ لو حكم القاضى بالطلاق بناء
على شهادة الزور ولم ينفذ الحكم فى الباطن لبقيت المرأة حلالا لزوجها الأول
فى الباطن ولزوجها الجديد فى ظاهر الأمر ، ولو ابتلى الثانى بمثل ما ابتلى به الأول
لحلت للثالث بالإضافة إلى من سبقه ، ولأصبحت حلالا لجمع من الرجال فى زمن
واحد وهذه نتيجة لا يقبلها شرع الله ومن ثم لا يحل هذا الاشكال إلا القول
بالنفاذ فى الباطن والظاهر جميعا(١) .

---

(١) راجع ، تفصيلا ، مذهب أبى حنيفة فى نفاذ الحكم القضائى فى باطن الأمر ،
فى كتب المذهب مثل . بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٥ ، البحر الرائق ج ٧ ص ١٤ ،
درر الحكام ج ٢ ص ٤٠٩ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٠٦ ، شرح أدب القاضى
للصدر الشهيد ج ٣ ص ٧٥ .

المطلب الخامس

عدم تأثر أحكام القضاء بما يحدث بعد صدورها

٢٣ — الأصل : القاعدة أن شروط صحة القضاء واستكمال أركانه لابد من توفرهما جميعا قبل إصداره ، بحيث يجب أن يصدر مستجمعا لأركانه مستوفيا لشروطه ، وإلا كان باطلا أو منعدما بحسب الأحوال . فإن صدر مستوفيا لكل ذلك ، مستجمعا لمقومات وجوده كحكم قضائى ، فإنه يحوز إذن الحجية المانعة من مناقشة ما قضى فيه ، وإنه يكون نافذا - كأصل - ملزما لأطرافه وغيرهم فى بعض الأحوال، دون أن يتوقف ذلك على أمور تحدث بعد صدوره ، كأن تثور شبهات ما فى البيانات التى استند إليها ، أو تظهر بيانات جديدة ، بعد صدوره ، ولكنها لاتدل على خطأ فيه ، وذلك كله على التفصيل الآتى :

الفرع الاول

عدم تأثر الحكم بما يحدث بعد صدوره من شبهات فى البيانات التى إستند إليها

٢٤ — إذا صدر الحكم القضائى ، وكان مبنيا على شهادة شهود عدول فى الظاهر ، ومستوفيا للشروط الأخرى ، ثم حدث بعد ذلك بعض الشبهات حول شهادة الشهود ، لم يؤثر ذلك على الحكم وظل لازم التنفيذ .

وقد قال الفقهاء فى هذا المعنى « الشك يدفع الحكم قبل صدوره ولا يرفعه بعده »(١) .

ومثال تلك الشبهات التى لاتؤثر فى الحكم، أن يرجع الشهود عن شهاداتهم

---

(١) راجع قرة عيون الأخبار ، تكملة رد المحتار ، لمحمد علاء الدين عابدين، ج١ ص ٤١ المطبعة العثمانية ١٣٢٧ هـ .

أو يرجع بعضهم ويعترفوا أنهم كانوا كاذبين، فلو فعلوا ذلك لم ينتقض الحكم سواء أكان رجوعهم قبل استيفاء الحق به أم بعده.

غير أنه إذا كان الرجوع قبل الاستيفاء في الحدود أو القصاص لم يجز الاستيفاء، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهات لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - «ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»(١) ولا ريب في أن رجوع الشهود يعتبر شبهة ظاهرة فينتقض الحكم لهذا السبب(٢).

ومع أن الحكم لا ينتقض برجوع الشهود إلا أن الشهود يتردون ما كانوا سببا في تفويته من الحق على المحكوم عليه(٣).

وعدم انتقاض الحكم برجوع الشهود هو ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وهو المعتمد في المذاهب الأربعة ولم يخالف في ذلك سوى بعض فقهاء التابعين والظاهرية حيث رأوا أن الحكم ينقض برجوع الشهود عن شهاداتهم، لأن الشهادة سبب الحكم، فإذا بطلت الشهادة بطل الحكم، تماما كما إذا بطل السبب بطل المسبب، كما لو تبين أن الشهود كانوا كفارا.

ومن الفقهاء من قال ينقض الحكم إذا رجع الشهود قبل الاستيفاء ولا ينقض بعده(٤). وأما جمهور الفقهاء فقد رأوا أن الحكم قد استوفى

---

(١) انظر الترمذي، صحيح الترمذي مع عارضة الأحوذي ج ٦ ص ١٩٨ دار العلم للجميع.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٢٤٦، طبعة ١٩٨٠ م. الرياض.

(٣) راجع الباحث، المرافعات الشرعية للإيباني ص ١٣٦، وراجع ابن قدامة، المرجع السابق، ج ٩ ص ٢٤٦.

(٤) راجع المحلى لابن حزم الظاهري ج ٩ ص ٢٤٩، منشورات المكتب التجاري بيروت، وانظر ابن قدامة ج ٩ ص ٢٤٦، وأيضا المغني تكملة المجموع ص ٢٧٨.

شروطه وانبنى على شهادة صحيحة مستوفية الشروط ، والرجوع يحتمل الصدق كما يحتمل الكذب ، فهو ظنى ، فلا يؤثر فى الحكم الذى انبنى على سبب مؤكد ، ورجوع الشهود اعتراف منهم بأنهم فسقة ، والفاسق لا ينقض الحكم بقوله ، ولو نقض الحكم بالرجوع ، لجاز نقض الرجوع بالرجوع عنه أيضا ، وفى ذلك ما فيه من مفسدة كبيرة على الناس ، وانتزاع الثقة فى القضاء والشهادات .

ومن ناحية أخرى فإن الرجوع إقرار وهو حجة قاصرة ، ولا يسرى أثره إلا على المقر ولا يصيب الآخرين ، ولذلك ذهب القائلون بعدم النقض إلى وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد الحكم سواء أكان المشهود به مالا أم غيره وسواء أكانت العين قائمة أم تالفة ، فيجب على من رجع عن شهادته التعويض عن الأضرار التى حدثت بالمحكوم عليه ، لأنه أتلف عليه ماله وفوت عليه مصلحته ، وأما الطرف المحكوم له فيسلم له المحكوم به لأن الحكم باق كما تقدم(١) .

وهذا الذى اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة ، خاص بما عدا حالة شهادة الزور ، فإنه إذا ثبت بالدليل أن الشهادة كانت زورا كاعتراف الشهود بذلك وجب نقض الحكم عند فريق من الفقهاء خلافا للمالكية حيث لا يرون نقض الحكم فى شهادة الزور أيضا وإنما ينفذ الحكم عندهم ويعاقب شاهد الزور بالغرامة والتعزير(٢) .

ومن الشبهات التى لا تؤثر على الحكم الصادر بناء على الإقرار ، رجوع

---

(١) انظر وسائل الإثبات ، محمد مصطفى الزحيلى ، القسم الثانى ص٧٨١ ، ص٧٨٧ ، رسالة دكتوراه مطبوعة على الاستنسل حيث تناول فيها تفصيلا ، أحكام الرجوع عن الشهادات عند الفقهاء وأدلتهم فى هذه المسألة .

(٢) راجع ابن قدامة ، المرجع السابق ص٢٦٢ ، ومحمد الزحيلى ، المرجع السابق ص٧٨٦ .

المقر عن إقراره بعد صدور الحكم وذلك فى حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التى لاتدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات ، فإنه لا يؤثر على الحكم بل لا ينظر إليه وإن صدر قبل الحكم لتعلق حق المقر له بالمقر به(١) وأقوال الفقهاء وإن كانت مطلقة لاتحدد وقت الرجوع ، لكنه لا يشمل الرجوع بعد الحكم من باب أولى(٢) .

ومن الشبهات التى لا تؤثر على البينات تغير حال الشاهد بعد الحكم ، فلو طرأ الفسق أو العدول بعد الحكم ، لم يؤثر عليه ولم يمنع من تنفيذه وكذلك لو غير الشاهد أقواله بعد الحكم زيادة أو نقصا فلا أثر لهذا التغيير على الحكم ، فلو شهد بأن الدين مائة فحكم به ثم شهد بأنه كان مخطئا فى المبلغ وأنه مائتان أو خمسون لم ينظر إلى كلامه ويبقى الحكم على حاله(٣) .

٣٥ — وإذا انتقلنا إلى دائرة القوانين الوضعية لوجدناها قد نظمت طريقا للطعن فى الأحكام الانتهائية يرفع إلى نفس المحكمة التى أصدرتها ، وهذا الطريق هو مايعرف بالتماس إعادة النظر le recours en révision (٤). والذى يعد طريقا غير عادى للطعن فى الأحكام وذلك لسببين :

أولهما : أنه لايجوز إلا بالنسبة للأحكام الانتهائية ، أى تلك الأحكام

---

(١) راجع الكاسانى ، البدائع جـ ٧ ص ٣٣٢ طبعة ١٩١٠ الأولى ، وانظر الشيرازى ، المهذب جـ ٢ ص ٣٤٦ ، وايضا انظر المادة (١٥٨٨) من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر على قراعة ، الأصول القضائية ص ١٤٠ المرجع السابق .

(٣) راجع ابن حزم ، المرجع السابق ، ص٢٤٩ ، والشيرازى ص ٣٤٣ ، والزحيلى ص ٧٧٢ .

(٤) انظر فى هذا الطعن وقواعده د . فتحى والى ، الوسيط ص٧٩٥ ومابعدها د. وجدى راغب مبادىء ، المشار إليه ، ص ٦٥٠ وما بعدها .

Vincent et Guinchard, op. cit, p. 899 et s.

الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى (المحاكم الجزئية أو المحاكم الابتدائية)، أو تلك الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الطعون المرفوعة إليها . وعلى ذلك فلا يجوز التماس إعادة النظر فى الأحكام الابتدائية والتى أصبحت انتهائية بفوات ميعاد الطعن فيها، لأن الخصم يكون قد فوت على نفسه طريقا عاديا لمراجعة الحكم وتصحيحه هو الاستئناف[١] .

ثانيهما : أن الطعن بالتماس إعادة النظر لا يكون إلا إذا شاب الحكم المطعون فيه عيب من العيوب التى حددتها النصوص، وهى غالبا ما تكون قد خفيت على المحكمة عند إصدارها للحكم، ثم ظهرت أو تبينت بعد ذلك، ويترتب على ظهورها تغيير وجه الرأى فى الدعوى[٢] . ومن بين هذه العيوب بناء الحكم المطعون فيه على أوراق ثبت تزويرها بعد صدور الحكم بإقرار أو علم قضائى، أو بناء الحكم على شهادة قضى بعد صدوره بأنها مزورة، أو وقع من أحد الخصوم غش كان من شأنه التأثير فى مضمون الحكم المطعون فيه[٣] .

---

(١) د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٦٥٠/٦٥١، ونقض ١٩٧٧/١٢/٢١، مجموعة احكام النقض، س ٢٨، ص ١٨٧١ .

(٢) د . محمود هاشم، اجراءات التقاضى، المشار إليه ص ١٧١، النظام القضائى الإسلامى ص ١٣٩ .

(٣) انظر فى تفاصيل هذه الحالات، د . وجدى راغب، ص ٦٥٢ وما بعدها، د. فتحى والى، الإشارة السابقة ونص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات المصرى .

الفرع الثاني

عدم تأثر الحكم القضائي بما يظهر بعد صدوره من بينات لا تدل على خطأ فيه

٢٦ — الأصل فى التشريعات الوضعية أنه لا يجوز للقاضى أن يعيد النظر فى قضية سبق أن نظرها وأصدر حكما فيها بناء على ظهور أدلة جديدة لم يسبق أن اطلع عليها عند إصدار الحكم، كما لا يجوز له إعادة النظر فيها من أجل توجيه اليمين الحاسمة، ولا من أجل طلب استجواب الخصم بأمل الحصول على إقراره(١).

وإذا كان ذلك هو الأصل، فإن الأنظمة الوضعية تجيز، مع ذلك، الطعن فى الحكم بالاستئناف، إن كان قابلا له بطبيعة الحال، وتجيز للطاعن أن يثير أمام محكمة الاستئناف ما شاء من أوجه دفاع، ولو تمثل ذلك فى أدلة جديدة لم يسبق له أن أثارها فى خصومة الدرجة الأولى، حيث إن الاستئناف يعد فرصة كبيرة للخصم لاستدراك ما فاته من وسائل دفاع(٢). وفى ذلك تنص المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات المصرى على أن المحكمة تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة. وعلى ذلك يجوز للخصوم أن يقدموا أمام محكمة الاستئناف دفوع موضوعية جديدة أو أدلة جديدة(٣).

---

(١) أحمد نشأت، رسالة الاثبات، طبعة ١٩٧٢، دار الفكر العربى، ص ٢٠٥، د. فتحى والى قانون القضاء المدنى، ص ٢٦٨.

(٢) أنظر نقض مدنى مصرى ١٠/١/١٩٨٠، مجموعة الأحكام س ٣١، ص ١٣٥، أحمد مسلم — أصول المرافعات ١٩٦٩، ص ٥٦٣، د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط ٤ ص ٢١، ٢٢، عبد الباسط جميعى، شرح قانون الإجراءات، ص ٤١٤.

(٣) أنظر فى نطاق الاستئناف د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٢٤٦، د. محمود هاشم، قانون القضاء المدنى، ج ٢ ص ٤٦١ / ٤٩٤.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن القانون يجيز للخصم المحكوم عليه أن يطعن بالتماس إعادة النظر فى الحكم الصادر ضده إذا حصل بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها (م ٢٤١/٤ مرافعات مصرى)(١) .

من هذا يبين أن الأنظمة الوضعية تجيز الطعن فى الحكم الابتدائى أو الانتهائى إذا ظهرت بعد صدوره أدلة جديدة يكون من شأنها تغيير وجه الرأى فى الدعوى .

٢٨ ـ فإذا انتقلنا إلى شريعة الإسلام ، وجدنا أن أثر ظهور بينات جديدة لم يطلع عليها القاضى عند إصدار حكمه ، يختلف باختلاف دلالات هذه البينات ، فإذا دلت على خطأ وقع فيه القاضى عند إصدار حكمه وكانت دلالتها على ذلك قطعية ليس فيها إحتمال ، وجب نقض الحكم لأن ما ابتنى على خطأ كان خطأ مستحقا للنقض .

بيد أنه إذا لم تدل هذه البينات على أن القاضى كان قد وقع فى الخطأ أو وجد احتمال معتبر فى دلالتها على ذلك بأن كان حكمه سليما ولو من بعض الوجوه ، والسبب الذى بناه عليه سليما ولو على بعض الاحتمالات فإن ظهور البينات الجديدة والحال هذه ، لا أثر له على ذلك الحكم فى الراجح(٢) ، وهذا ما ذكره السيوطى فى الأشباه والنظائر ، وذكر أيضا أنه لم ير نقلا فى هذه المسألة وما تقدم هو ترجيحه الخاص به .

غير أن هذا الذى رجحه السيوطى هو المفهوم من بيان الفقيه القرافى لنواقض الحكم القضائى حيث اقتصر فى تحديد أسباب النقض على ما يؤدى

---

(١) انظر د . وجدى راغب ، المرجع السابق ، ص ٦٥٥/٦٥٦ . د. فتحى والى ـ مبادىء قانون القضاء المدنى الكويتى ، ص ٦٢٣ .

(٢) العقبى ، تكملة المجموع جـ ٢٠ ص ٢٨٣ ، السيوطى ، الأشباه والنظائر ص ١١٧ .

إلى كشف الخطأ فى الحكم نفسه بكونه خالف نصا أو إجماعا ، أو الخطأ فى سببه كالحكم بشهادة كفار ، أو ببينة مزورة فيفهم من ذلك البيان أن كل ما يستجد من البينات أو التغيير فيها إذا كان لا يؤدى إلى كشف خطأ فى الحكم أو سببه ، فإنه لا يؤثر على الحكم ، بل يبقى صحيحا واجب التنفيذ ملزما لأطراف الخصومة(١) .

ويتفق مع هذا الفهم بعض الفروع الفقهية التى تدل عليه ومنها : الوجه الرابع الذى ذكره صاحب التبصرة (ابن فرحون) من وجوه طلب المحكوم عليه فسخ الحكم عنه ، وهو أن يأتى المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها ، فإن سحنون من علماء المالكية ، ذهب إلى أن القاضى لا يسمعها وينفذ الحكم الذى سبق صدوره أولا ، وكذلك الوجه الثامن وهو أن يقول المحكوم عليه : كنت أغفلت حجة كذا ، فإن القاضى لا يقبل منه ذلك ولا ينقض الحكم قولا واحدا(٢) ، ومن ذلك فتوى الشيخ عليش فى « رجل ادعى أنه يستحق ثلث قطعة أرض يتملكها جماعة بسبب الإرث عن جدته لأبيه ، ورفع دعواه إلى القاضى ، فأنكروا فادعى أنه له بينة ثم اعترف بأنه عجز عن إقامتها فحكم القاضى بعدم استحقاقه شيئا فيها ثم نازع هذا المحكوم عليه وأراد إقامة بينة » حيث أفتى بأنه لا تسمع دعواه ولا بينته إلا لعذر يحلف عليه ، كنسيان بينة أو عدم علمه بها ولا بد من يمينه على دعوى النسيان أو عدم العلم(٣) .

ونخلص من تلك الفروع إلى أن الحكم القضائى لا يؤثر عليه قيام بينات جديدة بعد صدوره صحيحا وإن تعارضت مع البينات التى حكم القاضى بناء عليها

---

(١) راجع السيوطى ، الأشباه والنظائر ص١١٧ ، المرجع السابق .

(٢) راجع ابن فرحون ، التبصرة ، المرجع السابق .

(٣) راجع الخرشى ، شرح الخرشى ج ٧ ص١٥٦ ، وأيضا أنظر الشيخ عليش ، فتح العلى المالك ج٢ ص ٢٨٩ مطبوع مع تبصرة الحكام ، المرجع السابق .

ما لم يقم المحكوم عليه الدليل على نسيانه لها أو عدم علمه بها ، فإن صرح بعلمه لها أو لم يستطع إقامة الدليل على نسيانه لها أو عدم علمه بها لم يسمع منه القاضى ، وهذا مانقل عن الإمام مالك فى المدونة ، غير أن سحنون ـ كما تقدم ـ يرى عدم النظر فى البينات الجديدة التى تظهر بعد إصدار الحكم السليم سواء كان عالما بها أم لم يكن يعلم(١) .

المطلب السادس

بطلان الأحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية

٢٨ ـ قررت التشريعات الوضعية أنه إذا صدر حكم نهائى على خلاف حكم سابق حاز حجية الأمر المقضى ، رفع الأمر إلى محكمة النقض لكى تلغى الحكم الثانى وتقرر نفاذ الحكم الأول(٢) . أيضا يجوز للخصم أن يدفع بحجية الشيء المحكوم به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو فى الاستئناف ، ويترتب على نجاح الدفع منع المحكمة من إعادة النظر فى المنازعة مرة أخرى(٣) .

فإذا توجهنا إلى الشريعة الإسلامية ، وجدنا أن ما سبق هو عين ماقررته على لسان فقهائها حيث اتفقوا على أن الحكم القضائى الصادر فى مواضع الاجتهاد لايجوز نقضه مادام سليما ومبناه كذلك ، فإن قام أحد القضاة بنقضه

---

(١) راجع المدونة للإمام مالك حـ ١٢ ص ١٣٧ ، حـ ١٣ ص ١٧٥ طبعة مصورة عن طبعة دار السعادة ١٣٢٣هـ .

(٢) أنظر رسالة الإثبات ، أ . أحمد نشأت حـ ٢ ص ٢٠٧ طبعة ١٩٧٢ م ، د . وجدى راغب ، ص٦٧٢ وما بعدها .

(٣) راجع شرح قانون الاجراءات ، د . عبد الباسط جميعى ص٤٨٢ .

أو حكم بخلافه فرفع الأمر إلى قاض ثالث وجب على هذا الأخير أن ينقضه ويمضي الحكم الأول لأن الحكم الثاني صدر غير صحيح بسبب تعرضه لحكم صحيح واجب التنفيذ.

يقول السمناني في مؤلفه روضة القضاة « وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء فإن نقضه الثاني ثم إرتفع إلى ثالث نفذ قضاء الأول وأبطل قضاء الثاني ... مثل طلاق المكره إذا أبطله قاض ثم رفعه إلى قاض آخر فأوقعه ثم رفع إلى ثالث نفذ الأول وأبطل الثاني »(١).

ويقول الصدر الشهيد في كتابه شرح أدب القاضي « إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها حتى لو قضى بإبطالها ونقضها ثم رفع إلى قاض آخر، فإن هذا القاضي الثالث ينفذ قضاء الأول ويبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، فكان الثاني بقضائه ببطلان الأول مخالفا للإجماع. ومخالفة الإجماع ضلال وباطل، فلا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثالث أن يبطلها وينقضها وإن كان رأيه بخلاف ذلك. ويستقبل الأمر إستقبالا في الحوادث التي ترفع إليه »(٢).

وعلى ضوء ما تقدم يتضح أن الفرق بين القانون والشريعة ليس في أصل القاعدة وإنما في وسائل إعمالها حيث يرى فقهاء الشريعة أنه يجب على كل قاض ترفع إليه خصومة ضمن اختصاصه، ويكتشف أن الحكم السابق الصادر في هذه القضية مخالف لحكم سليم أسبق منه، أن يبطل ذلك الحكم وينفذ الحكم الأول.

وعلى الجملة فإن تخصيص القضاء بالزمان والمكان والقضايا أمر جائز

---

(١) روضة القضاة للسمناني ص٣٢٣، ص ٣٢٤.

(٢) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ج ٢ ص ١١٠، وأنظر ابن فرحون ج ١ ص ٧٩.

فى الشريعة ، ونص على جوازه كثير من فقهائها ، وبناء عليه يجوز تخصيص النظر فى القضايا التى سبق صدور الأحكام فيها ، بقاض معين أو بمحكمة معينة ، ويكون عندئذ نظر غير ذلك القاضى فى هذه القضايا باطلا ، والأحكام الصادرة عنه لاحجية لها ولايجوز تنفيذها مادامت صادرة من قاض غير مختص بالنظر فيها .

المبحث الثالث

الحدود والقيود والاستثناءات الواردة على مبدأ الحجية

٢٩ — تمهيد وتقسيم : حجية الحكم القضائى ليست مطلقة ولكنها مقيدة بقيود ومشروطة بشروط ، وكل مقتضى من المقتضيات السابق الكلام عنها له حدود لايتجاوزها وترد عليه بعض الاستثناءات، ونبين بإذن الله تلك الحدود والقيود والاستثناءات فى المطالب التالية .

المطلب الأول

إنفراد الأحكام بالتمتع بالحجية

٣٠ — للقاضى فى النظم الوضعية القضائية سلطة أخرى بجانب سلطته القضائية تسمى السلطة الولائية . وبمقتضى هذه السلطة تصدر عن القضاة أوامر وقرارات لاتسمى أحكاما إلا تجوزا وتساهلا ، لأنها لاتصدر من أجل حسم خصومة بين متنازعين .

وقد عرف جانب من علماء القانون ، العمل الولائى بأنه عمل يتخذ فى ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره عن قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية ولكنه فى أساسه عمل إدارى لايتمتع بكثير من الم[illegible]ات التى تكون للعمل القضائى(١) .

---

(١) أنظر د . العشماوى ، قواعد المرافعات ص٢٢٩، ص٢٣٠ ، د . محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى جـ ١ ص١٣٢ — ١٥٤ ، د . فتحى والى ، الوسيط ، ص ٣٧ ، وجدى راغب ، مبادىء القضاء ، ص٦٤، عبد الباسط جميعى، سلطة القاضى الولائية =

وقد كانت محاولة التفريق بين العمل القضائى والعمل الولائى اللذين يصدران عن القاضى بمقتضى وظيفته العامة ، محل إجتهاد من علماء القانون حيث يحتود عندهم أن العمل الولائى هو ذلك العمل الذى يتخذه القاضى بعيدا عن أى نزاع .

وبناء على ذلك إذا كان التصرف الذى يصدر عن القاضى نتيجة من خصومة أو نزاع قائم بين شخصين حول حق من الحقوق بتقريره لأحدهما وإلزام الآخر بأدائه ، فهو حكم قضائى ، أما إذا كان التصرف مجرد إجراء أو تدبير لايستهدف حسم خصومة ولاتقرير حق ، وإنما يقصد به المحافظة على وضع قائم أو صيانة مصلحة لأحد الأفراد على أساس تقدير الظروف ، فهو عمل ولائى . ذكر العلماء منه عدة أنواع مثل : إثبات إشهادات الأفراد أو إثبات إقرارات الخصوم واتفاقاتهم ، ومثل مايقوم به القضاء من الأمر بإتخاذ اجراءات معينة وقتية أو تحفظية بعيدا عن أى نزاع ، كالأمر بوضع الأختام على التركات أو المحال التجارية ، وإقامة حراس بقصد حماية الحقوق المعرضة للخطر ، ومنه أيضا الأعمال التى تصدر عن القضاء بقصد صيانة أو استثمار أموال عديمى الأهلية أو الغائبين(١) .

= مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١١ ، ص ٥٦١ ومابعدها . عبد الفتاح السيد ، الوجيز فى المرافعات المصرية ، ص ٤٦٤ .

Solus et Perrot, Droit Judiciaire Prive, Sirey, 1991, No 482 P. 443, Japlat, Traté élémetaire qe Procédure Civile et Commerciale, 3e ed. 1935, No 163.

(١) راجع د . محمد حامد فهمى ، المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٠ — ٢٢ د. العشماوى ، المرجع السابق ص ٢٢٨ ، ٢٣٢ . إبراهيم سعد ، ص ٨٩ ، عبد الباسط جميعى ، سلطة القاضى ، ص ٥٩٣ وما بعدها ، محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، ص ١٤٧-١٤٩ . وانظر تفصيلا :

ويرى علماء القانون الوضعي أن من أهم الآثار التي تنبني على التفرقة بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية، هو أن الأولى هي التي تحوز الحجية بحيث لا يصح الرجوع عنها ولا يصح نقضها إذا صدرت وفق الأصول والشروط القانونية.

فالعمل الولائي مع التسليم بوجوب تنفيذه واحترامه، لكنه ليس ذا حصانة من التغيير والتبديل أو حتى النقض الكلي من القاضي الذي أصدره أو غيره ممن لهم الاختصاص(١).

٣١ - فإذا انتقلنا إلى الشريعة الإسلامية، وجدنا أن جميع التصرفات التي تصدر عن القضاة لا تتمتع كلها بالحجية بالمعنى المتقدم، وإنما التي تختص بذلك هي الأحكام، أما التصرفات الأخرى التي يقوم بها القضاة فليس لها الحجية التي للأحكام ويجوز نقضها والرجوع عنها سواء من القاضي الذي أصدرها أو من غيره ممن لهم ولاية ذلك، ولا يكون التصرف الذي يصدر عن القاضي حكما إلا إذا توفرت فيه شروط معينة إختلف حولها فقهاء الشريعة ومن ثم اختلفوا فيما يعتبر حكما وما لا يعتبر وبناء عليه اختلفوا فيما يتمتع بالحجية من تصرفات القضاة وما لا يتمتع بها.

٣٢ - فيرى الأحناف أن معظم الأفعال التي يقوم بها القاضي بصفته الوظيفية أي باعتباره قاضيا مما هو داخل في اختصاصه تعتبر أحكاما قضائية تحوز الحجية ولا يجوز للقاضي الذي أصدرها الرجوع عنها، ولا لغيره أن ينقضها إذا لم يقم فيها سبب من أسباب النقض الشرعية. فالعقود التي يجريها القاضي من بيع وشراء ونحوهما في أموال اليتامى والغائبين والمجانين وكذلك النكاح

---

(١) د. محمد حامد فهمي، المرجع السابق ص ٢٢. د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق ص ١٤٨. د. محمود هاشم، قانون القضاء المدني ص ١٣٦، فتحي والي، الوسيط ص ٤٦.

الذي يجريه على من بلغ الحلم من الأيتام وعلى من هو تحت الحجر ، ومن ليس لها ولي . كل ذلك وأمثاله مما يصدر عن القاضي يعتبر أحكاما لا يجوز نقضها إذا صدرت وفق الشروط الشرعية(١) .

٢٣ – أما المالكية فيرون أن معظم أفعال القاضي التي يقوم بها دون سابق خصومة ولا دعوى من خصم على خصم لاتعتبر أحكاما قضائية ويجوز نقضها من أصحاب الاختصاص . كما يجوز للقاضي الرجوع عنها للمصلحة .

وقد ذكر الفقيه القرافي المالكي عشرين نوعا من تصرفات القضاة ، لا تعد أحكاما ويجوز نقضها والرجوع عنها ، وفيما يلي بعض من الأنواع التي ذكرها ولم يعتبرها من الأحكام القضائية :

١ — العقود التي يقوم بها القضاة ، كالبيع والشراء في أموال الغائبين والمجانين ، هذه التصرفات لاتعد أحكاما قضائية ، ولغير من أصدرها أن ينظر فيها : فإن وجدها بالثمن البخس أو بدون أجرة المثل فله تعديل ذلك ليوافق الأوضاع الشرعية .

يقول القرافي : « ولا تكون هذه التصرفات في هذه الأعيان والمنافع حكما في نفسها البتة ، نعم قد تكون حكما في غيرها بأن تتوقف هذه التصرفات على إبطال تصرفات متقدمة عليها كبيع العين من رجل بعد أن يبيعها من رجل آخر والحاكم يعلم ذلك حيث يقتضي ذلك فسخ العقد الأول ظاهرا(٢) . ويلاحظ أن الحنفية يرون أن العقود التي يقوم بها القاضي بمقتضى ولايته تعتبر أحكاما قضائية ولا يجوز نقضها إذا صدرت وفق الشروط الشرعية ، وتخالف ذلك

---

(١) راجع ابن عابدين ، الحاشية جـ ٥ ص٤٢٣ ، خير الدين الرملي ، اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية جـ ٢ ص ٢٠ (مطبوع بذيل جامع الفصولين ط ١٣٠٠ هـ) . الأبياني مباحث المرافعات الشرعية ص ١٧٨ ، على قراعة ، الأصول القضائية ص ٢٩٦ .

(٢) الاحكام للقرافي ص ١٧٧ المرجع السابق .

بعضهم ، لأن الشرط فى صحة الحكم القضائى أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة ، وليس فى هذه التصرفات دعوى ولا خصومة . غير أن جمهورهم لم يشترطوا سبق الدعوى والخصومة فى الحكم القضائى الفعلى فصححوه وإن لم يتقدمه دعوى ولا خصومة . لكن الذى لا خلاف فيه عندهم هو قيام القاضى بالفعل بصفته الشخصية لا بصفته الوظيفية ، فحينئذ لا يعد حكما وهو فى ذلك كبقية الناس كما لو وكله شخص ببيع داره أو وكلته امرأة بتزويجها(١) .

٢ - إثبات الصفات ، مثل ثبوت العدالة عند حاكم أو ثبوت الجرح أو أهلية الحضانة ونحو ذلك فهذه ليست أحكاما ويجوز نقضها .

٣ - ثبوت أسباب المطالبات ، مثل ثبوت مقدار قيمة المتلف فى المتلفات ، وإثبات الديون على الغرماء ، وإثبات النفقات للأقارب والزوجات ونحوه ، فإن إثبات الحاكم لجميع هذه الأسباب ليس حكما ولغيره من الحكام أن يغير مقدار تلك الأجرة وتلك النفقة وغيرها من الأسباب المقتضية المطالبة .

٤ — إثبات الحجج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق ، مثل كون الحاكم يثبت عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف ، وثبات إقامة البينات ممن أقامها ، وثبوت الإقرار من الخصوم ونحو ذلك ، فإن هذه الحجج توجب ثبوت أسباب موجبة لاستحقاق مسبباتها ، ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون حكما بل لغيره أن ينظر فى ذلك فيقره أو يبطله ؛ بل إذا اطلع على شىء من ذلك تعقبه ولا يكون ذلك الإثبات السابق مانعا من تعقب الخلل فى تلك الحجج .

وهذا الذى ذهب إليه القرافى وتابعه فيه ابن فرحون فى إثبات الحجج

---

(١) الأصول القضائية لعلى قراعة ص ٢٩٦ المرجع السابق ، مباحث المرافعات الشرعية للابيانى ص ١٧٧ ، ١٧٨ المرجع السابق .

هو الرأى الراجح عند المالكية والشافعية(١)، لأن الثبوت فى حقيقته مغاير للحكم حيث هو قيام الحجة على وجود السبب الشرعى بينما الحكم هو فصل الخصومة وحسم النزاع، ولا يكون كذلك إلا إذا كان صادرا بصيغة الإلزام(٢). وليس الثبوت كذلك، نعم الثبوت هو المرحلة الأولى فى طريقة إيصال الحقوق إلى أصحابها، ولكنها مغايرة للحكم إذ هو المرحلة التالية بعد الثبوت والمرحلة السابقة التنفيذ(٣).

ويرى بعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، أن قول القاضى: ثبت عندى أن لهذا على هذا كذا وكذا وما فى معناه، كقوله ظهر عندى وصح عندى أو علمت، يعتبر حكما قضائيا لا يجوز نقضه وتعتبر هذه الصيغ وأمثالها ملزمة عند هذا الفريق من الفقها، لأن ثبوت الشيء لدى القاضى يستلزم الحكم به والقضاء بالشيء حكم بما لزم فيه(٤).

٥ - تنفيذات الأحكام الصادرة عن القاضى فيما تقدم الحكم فيه من قاض آخر، وذلك لأن التنفيذ مرحلة ثالثة وأخيرة فى طريق إيصال الحقوق إلى أهلها وهى مرحلة تالية لمرحلة الحكم بالشيء، فإذا كان القاضى ينفذ حكم نفسه، فإن ذلك يعنى إلزام الخصم وحبسه وأخذ المال من يده بالقوة ودفعه للمحكوم له ونحو ذلك، وهذا أمر يختلف عن الحكم تماما، لأن الحكم هو الحل الذى يقع فى

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١١٤، الإعلام والاهتمام لزكريا الأنصارى ص ٣٧٠ مطبعة الترقى بدمشق، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ج ٤ ص ٣٩٤، مطبعة الحلبى بمصر ١٩٥٨ م.

(٢) جامع الفصولين لابن قاضى سماونه ج ١ ص ٢٠، شرح الخرشى ج ٧ ص ١٦٧.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١١٤.

(٤) جامع الفصولين، المرجع السابق ص ٢٠، لسان الحكام لابن الشحنة الحلبى ص ٩ طبعة ١٢٩٩ هـ، تبصرة الحكام المرجع السابق ج ١ ص ١١٤، الإعلام والاهتمام المرجع السابق ص ٣٧٣.

نفس القاضي للنزاع المعروض والذي يعبر عنه بأقـــوال ملزمة والتنفيذ يلحقه(١).

غير أن فريقا من الفقهاء غير المالكية يرون إعتبار التنفيذ حكما قضائيا(٢).
والذي يبدو من هذا الاختلاف أنه جاء نتيجة لتعدد وظائف القضاء في الماضي حيث كان يجعل لبعضهم سلطة تنفيذ الأحكام بعد صدورها، ولا يتصور حدوث هذا الخلاف إذا جعل التنفيذ من اختصاص سلطة أخرى، كما هو الحال في معظم النظم السياسية المعاصرة، التي تأخذ بمبـــدأ الفصل بين السلطات وهو مبدأ لا يتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية.

وعلى كل حال فإن هذا الخلاف لا يؤثر في مدى سريان مبدأ الحجية على الأحكام، لأن التنفيذ يتعلق بحكم قضائي سابق متفق على تحقق وصف الحكمية فيه. وهذا الحكم متمتع بالحجية التي تعني وجوب الإمضاء، والتنفيذ، فسواء اعتبر التنفيذ حكما أو لم يعتبر فإنه لازم ويأخذ لزومه من تمتع الحكم الذي يراد تنفيذه بالحجية بلا خلاف.

٦ - تصرفات الحكام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقيها من الحبس والإطلاق وأخذ الكفلاء ذوي الملاءة، وأخذ الرهون لذوي الحقوق، فهذه التصرفات كيفما تقلبت لا تعد أحكاما لازمة عند المالكية ولغير الأول من الحكام تغيير ذلك وإبطاله بالطرق الشرعية على ما تقتضيه المصلحة. ورأى فقهاء الحنفية خلاف ذلك حيث قرروا أن هذه الأفعال أحكام لا يجوز لغير القاضي الأول تغييرها ولا يصح الرجوع عنها وذلك بناء على أصلهم المتقدم، وهو أن ما يفعله القاضي بمقتضى ولايته يعتبر حكما ولا يجوز نقضه(٣).

---

(١) تبصرة الحكام المرجع السابق ص ١١٦.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٥٣، الإعلام والاهتمام المرجع السابق ص ٣٧٣، لسان الحكام المرجع السابق ص ٩ مطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية ١٢٩٩هـ.

(٣) د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى ص ٢١٤.

٧ - التصرفات فى أنواع الحجج ، كأن يقول القاضى لأحد الخصوم : لا أسمع البينة لأنك حلفت قبلها مع علمك بها وقدرتك على إحضارها ، فلغيره من الحكام أن يفعل ماتركه عند المالكية .

٨ - تولية النواب فى الأحكام ونصب الكتاب والقسام والمترجمين والمقومين وأمناء الحكم للأيتام وإقامة الحجاب ونصب الأمناء فى أموال الغائبين والمجانين فهذا وما أشبهه ليس بحكم عند فقهاء المالكية .

٩ - إثبات الصفات فى الذوات الموجبة للتصرف فى الأموال ، كالترشيد وإزالة الحجر عن المفلسين والمجانين والمبذرين ونحو ذلك ، فليس ذلك بحكم يتعذر نقضه ، بل لغير من قرره أن ينظر فى تلك الأسباب ومتى ظهر له وتحقق عنده ضد ما تحقق عند الأول نقض ذلك وحكم بضده ، فله أن يطلق المحجور عليه وأن يحجر على من أطلقه القاضى الأول ، لأن ذلك إثبات صفة لا إنشاء حكم .

هذه هى بعض التصرفات التى كان القضاة الشرعيون يقومون بها بجانب إصدار الأحكام القضائية بالمعنى الخاص وليست الحجية إلا لهذه الأخيرة عند جمهور فقهائهم .

وبالمقارنة فى هذا القيد والحد بين القانون والشريعة يتضح أن مسلك القانون الوضعى يشبه إلى حد كبير مسلك جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية فى ذلك .

المطلب الثانى

القضاة الذين يصح منهم القضاء ولا تتعقب أحكامهم ولا تنقض

٣٤ — تقضى الأنظمة الوضعية بأن الحكم القضائى، يجب — حتى يكتسب الحجية — أن يكون صادرا من قاض له ولاية القضاء فى المسألة التى صدر فيها الحكم. بحيث لا يكون حكما، ومن ثم لا يتمتع بحجية الأحكام، ذلك العمل الذى يصدر من شخص ليست له ولاية القضاء، أى لم يصدر بعد قرارا بتعيينه قاضيا، أو من قاض بعد إحالته على المعاش.

وكذلك الأمر يجب أن يكون الحكم صادرا فى مسألة تدخل فى ولاية القضاء فى الدولة، فإن تعدى القاضى حدود هذه الولاية (١)، بأن أصدر حكما عاما مما يدخل ولاية السلطة التشريعية، أو أصدر قرارا إداريا لايخوله القانون إصداره، فإن القاضى فى هـــذه الحالة يكون مغتصبا للسلطة، ومتجاوزا لها exces de pouvoir، ومن ثم يكون عمله منعدما لايرتب حجيه ما(٢).

---

(١) مع ملاحظة أن القانون المصرى لم يتعرض لبيان حجية الحكم فى هذه الحالة، بعكس القانونين الفرنسى والإيطالى، إذ أن الاول قد ميز بين انتفاء الولاية، وعدم الاختصاص، وأطلق على الأول تجاوز السلطة وأعطى للنائب العام حق الطعن فى هذه الحالة بطريق النقض، ويكون حكمها حجة على الكافة (أنظر تفصيلا، د. محمود هاشم قانون القضاء المدنى ص ٣١٥ هامش ١٢ وما أشار إليـــه من مراجع) أما القانون الايطالى فقد نص على أن انتفاء الولاية يكون بالنسبة للادارة العامة والقضاء الخاص والقضاء الأجنبى، ويجب على القضاء العادى أن يحكم بانتفاء ولايته من تلقاء نفسه (أنظر عرضا لذلك د. محمود هاشم، المرجع السابق هامش ١٢ ص ٣١٦).

(٢) د. محمود هاشم — المرجع السابق ص ٣١٦.

Glasson, Tissier et Morel, traité théoriqne et Pratique d,organisation judiciure, de compétence et de procédure civile 3 ed ed, V.I. 1925, P. 701 702, Japoit, op. cit, No 1125, Morel R. traité élémentaire de pocédure civile, 2e ed, 1949, No 663

وانظر وجدى راغب، رسالة ص ٥٨٥ – ٥٨٦.

وبنفس المنطق يجب أن يكون الحكم القضائى صادرا فى مسألة تدخل فى ولاية قضاء الدولة فى عمومه ، فإن حصل وأصدر القاضى حكما فى مسألة تخرج عن ولاية قضاء الدولة فى مجموعه ، كما لو كان صادرا فى عمل من أعمال السيادة[1] . أو فى مواجهة شخص لايخضع لولاية قضاء الدولة مثل أي من المتمتعين بالحصانات الدبلوماسية ، فإن الرأى قد انعقد على انعدام الحكم فى هذه الحالة لصدوره عن غير قاض[2] . ومن ثم فلا يرتب حجية ما ويجوز التمسك بانعدامه ورفع دعوى مبتدأة ببطلانه[3] وكذلك الأمر لو صدر الحكم من محكمة استثنائية خارج حدود ولايتها[4] .

وإذا كان ماتقدم محل اتفاق بين شراح القانون الوضعى ، فإن خلافا بينهم قد ثار حول الحالة التى تخالف فيها محكمة مدنية حدود ولاية القضاء المدنى ، بأن تفصل فى مسألة لاتدخل فى ولايتها لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى كالقضاء الإدارى مثلا . فهل الحكم المشوب بهذا العيب يعتبر حكما باطلا أم معدوما ؟ يذهب الرأى السائد فى مصر[5] إلى أن الحكم فى هذه الحالة يكون

---

(١) د . فتحى والى — رسالة البطلان ، بند ٣٤٩ د . محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، ص ٣١٧ .

(٢) د . محمود هاشم ، المرجع السابق ص ٣١٧ ، د. وجدى راغب رسالة ص ٥٨٦ .

(٣) د. محمود هاشم ، الإشارة السابقة ، د. الشماوى ، ص ٣٥٦ ، د. فتحى والى ، رسالة البطلان بند ٣٤٩ .

(٤) راجع د. فتحى والى مبادىء قانون القضاء المدنى ، ص ٥٦١ .

(٥) د . أبو هيف المرافعات ، ص ٤٠١ . د . حامد فهمى ، بند ٢٩٦ ، د. أبو الوفا — نظرية الاحكام ، بند ١٣٧ . الشرقاوى ، شرح ، بند ١٨٩ . السنهورى ، الوجيز ص ٧٢٩ أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ج ٢ ص ٢١٧ . نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ ، س ٨ ، ص ٤٩٦ ، ١٩٧٤/١١/٢٦ ، س ٢٥ ، ص ١٢٨٦ ، ١٩٧٦/٣/٣ ، س ٢٧ ص ٥٤٦ .

حائزا لحجية الأمر المقضى أمام جميع المحاكم التابعة لجهة القضاء المدنى ، ويكون معدوم الحجية أمام محاكم الجهة الأخرى صاحبة الولاية . وقد ذهب رأى آخر(١) إلى أن الحكم القضائى فى هذه الحالة يحوز حجيته أمام جميع جهات القضاء فى الدولة ولو كان صادرا فى غير ولاية المحكمة التى أصدرته ، اعتبارا بأن مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفى لاتعدو أن تكون مخالفة لقواعد الاختصاص ومن ثم يجب احترام الحكم وما قضى به حتى يتم إلغاؤه عن طريق الطعن فيه بالطريق المناسب(٢) .

وقد زاد علماء القانون ذلك تفصيلا إذ بينوا أنه إذا كان الحكم قد صدر من محكمة غير مختصة ، فإن كان اختصاص المحكمة مما يعد تجاوزه مخالفا للنظام العام ، لم يكتسب الحكم الصادر مع هذا التجاوز الحجية القضائية ، وإلا إذا كان اختصاص المحكمة مما لا يعد تجاوزه مخالفا للنظام العام فإنه لا يكون هناك تأثير لهذه المخالفة على الحجية . ويعد من النوع الأول الاختصاص النوعى ، كأن تنظر محكمة مدنية قضية تعد من إختصاص المحاكم الجنائية أو من اختصاص المحاكم الإدارية . فهذا التجاوز الاختصاصى يعد مخالفة للنظام العام .ولا يكتسب الحكم الصادر معه أية حجية قضائية .

أما الاختصاص المحلى فلا يعد تجاوزه للنظام العام . ولا يفقد الحكم الصادر مع هذا التجاوز حجيته القضائية(٣) كما لو نظرت محكمة المنصورة قضية تعد من اختصاص محكمة بنها .

---

(١) د . رمزى سيف ، المرافعات ص ٣١٥ومابعدها ، جلاسون ج١ ص ٦٥٧، وقد أيده د . فتحى والى رسالته ص٧٢٧،د. وجدى راغب ، رسالة ص٥٨٩، ٥٩١. وقد أخذت به محكمة النقض فى حكم قديم لها فى ٥/٣/١٩٤٢ ، مجموعة عمر ج٣ص٤١٥.

(٢) أنظر فى عرض هذه الآراء ونقدها د. محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ج ١ ، ص ٣١٧ ، ٣١٩ والهوامش من ١٧ – ٢٢ .

(٣) راجع أ . أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ج ٢ ص ٢١٧ .

٣٥ — وفى الشريعة الإسلامية لا يصح القضاء من أحد حتى تتوفر فيه شروط معينة، فصلها فقهاؤها، أهمها: العلم والعدالة، ومنها: العقل، والبلوغ، والحرية والإسلام إذا كان القضاء بين المسلمين، والبصر والسمع والنطق والذكورة (على خلاف بين الفقهاء فى قضاء المرأة فيما سوى الحدود والقصاص) وعدم المصلحة الشخصية، وعدم التولى بالرشوة، وعدم طلب القضاء[١]، ويلاحظ أن فى كثير من هذه الشروط خلافا بين الفقهاء[٢]، فمن عده من الشروط بنى على فقدانه جواز تعقب أحكام القاضى، وابطال مايستحق النقض منها؛ ومن لم يعتبره كذلك أسبغ عليه الحجية بمعناها المتقدم.

وقد اختلف فقهاء الشريعة حول قيمة أحكام القضاة الذين وضعوا فى منصب القضاء دون أن تتوفر فيهم بعض الشروط المطلوبة لصحة التولية[٣] ولصحة القضاء وذلك على التفصيل التالى:

١ - يرى أبو حنيفة ومالك وبعض الحنابلة، أن القاضى الجاهل إذا كان عدلا، تتصفح أحكامه كلها ويكشف عنها، فما كان منها صوابا وليس فيه تعارض مع نص قطعى أو إجماع وليس فيه جور بين فإنه يمضى ولا ينقض وما كان منها خطأ بينا يرد ولا ينفذ[٤].

ومع أن هذا الأصل متفق عليه عند المالكية، إلا أن بعض علمائهم قد فصل هذا الأصل، فرأى أن الحكم الذى يمضى هو الصواب مما لا يسوغ فيه الاجتهاد،

---

(١) أنظر الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٦٠، ٦٢ طبعة ثانية ١٩٦٦م. وراجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٤٩٦ طبعة ١٩٦٩م.، وانظر فيض الإله المالك د. عمر بركات ج ٢ ص ٣٣٨؛ طبعة ١٩٠٥ القاهرة.

(٢) أنظر القضاء فى الاسلام، د. محمد أبو فارس ص ٣٢ طبعة ١٩٧٨ عمان.

(٣) شرح الخرشى ج ٧ ص ١٦٢، ١٦٣.

(٤) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٤. الفواكه الدوانى ج ٢ ص ١٨٤.

فإن كان مما يسوغ فيه الاجتهاد يرد ولا ينفذ(١)، لأن الحكم فى مثل هذه المسائل لايستند فيه الجاهل إلا إلى حدسه وتخمينه والقضاء بالحدس والتخمين باطل لاقيمة له.

وأما البعض الآخر فقد فرق بين القاضى الجاهل الذى اعتاد على مشاورة أهل العلم وبين الجاهل الذى لايشاور، فالذى يشاور يمضي حكمه ويكون صوابا، بخلاف الذى لا يشاور فتنقض أحكامه كلها. وقد تساهل البعض الثالث إذ يرى أن أحكام الجاهل تنفذ كلها إلا الخطأ البين سواء كان القاضى مشاورا أو غير مشاور، وسواء كان قضاؤه موافقا لقطعى الكتاب والسنة أو موافقا لقول أحد الفقهاء فى المسائل الاجتهادية(٢).

أما الشافعية وبعض الحنابلة فيرون أن أحكام الجاهل تنقض كلها ولا حاجة للكشف عنها، ولا فرق فيها بين الخطأ والصواب لأن وجود قضاء الجاهل كعدمه(٣).

والذى يترجح الأخذ به أن حكم القاضى الجاهل إن أصاب فيه نفذ، ولا فائدة فى إبطاله مادام الحق قد وصل إلى مستحقه بل قالوا: لو أن الحق وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم جاز، ولم ينقض فعل القهر الذى استعمل فى ذلك، بل إن الفقهاء قد اتفقوا على أن لصاحب الحق أن يأخذ حقه قهرا أو خيفة إذا كان المدين منكرا ولم يكن معه بينة، وأمنت الفتنة(٤).

---

(١) بخلاف قضاء القاضى العالم فقد سبق أن حكمه فى المجتهدات نافذ بلا خلاف.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٤، شرح الخرشى ج ٧ ص ١٢٢/١٦٣.

(٣) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢١٧، الفواكه الدوانى ص ١٨٥ / ١٨٩.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ١٩٢. منح الجليل للشيخ عليش ج٤ ص ٣٢١، المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٩٤ هـ. الوجيز لابى حامد الغزالى ج ٢ ص ٢٦٠، مطبعة الآداب ١٣١٧ هـ، كشاف القناع للبهوتى ج ٤ ص ٣١١، المطبعة الشرقية ١٣١٩هـ.

وكذلك إذا كان وصول الحق إلى المستحق أثراً من آثار قضاء قاض جاهل، فينبغى أن لا ينقض قضاؤه. يقول الإمام النووى «من لا أهلية له من القضاة والولاة إذا حكموا بحق أو أدروا به أو دفعوا منكراً أو نهوا عنه أو تصرفوا لمجانين أو غياب أو أيتام أو أقاموا فى ولاياتهم بما يوافق الحق والصواب فإننا ننفذه تحصيلا لمصالح الإسلام فإننا لو أبطلناها لاشتد الضرر وعظم الخطر»(١).

٢ - فيما يتعلق بشرط العدالة، يرى الحنفية والمالكية أن حكم القاضى الفاسق ينفذ إذا أصاب فيه، وإن كان فسقه يجعله مستحقا للعزل.

ويرى الشافعية إن الفاسق لا تجوز توليه أصلا، وإن توليته تقع باطلة إن وجدت وأحكامه لا تنفذ(٢).

٣ - إذا كان سبب الفسق هو الارتشاء فى القضاء، فإن الحكم الصادر فى موضع الرشوة باطل ولا يحل لأحد القضاة أن ينفذ ذلك الحكم ولكن يرده ويبطله، ولم يختلف العلماء فى هذا، أما إذا تولى القضاء بالرشوة فالراجح أن قضاءه باطل غير نافذ، وقيل ينفذ منه ما صدر وفق الأصول والشروط الشرعية(٣).

وذهب بعض الفقهاء إلى أن المتولى بالشفعاء كالمتولى بالرشوة ينقض قضاؤه(٤)، غير أن بعضهم قد رجح أن قضاء المتولى بالشفعاء نافذ إذا توفرت فيه الشروط وسلم من النواقض(٥). هذه هى محصلة القول فى الحكم بالرشوة، غير أن الجدير بالملاحظة ما ذكره العلماء فى أحوال الراشى والمرتشى حيث يكون

---

(١) شرح أدب القاضى للصدر الشهيد جـ ٢ ص ٦٤، الفتاوى الهندية المرجع السابق ص ١٣٥، روضة القضاة المرجع السابق ص ٣٢٦.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٤٩٦، الأصول القضائية للسمنانى ص ٢٨٥، روضة القضاة ص ٣٢٦.

(٣) الفتاوى الهندية، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند جـ ٥ ص ١٣٥، شرح أدب القاضى للصدر الشهيد جـ ٢ ص ٦٤.

(٤) الأصول القضائية لعلى قراعة ص ٢٨٥.

(٥) الأصول القضائية المرجع السابق ص ٢٨٥.

الاثنان آثمين إذا كانت الرشوة من أجل أكل حقوق الناس(١). لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لعن الله الراشي والمرتشي»(٢).

ويكون الإثم على المرتشي دون الراشي إذا كانت الرشوة لتحصيل حق لا يستطيع معطيها أن يحصله بغيرها. وبناء على ذلك ينبغي أن يقتصر عدم نفاذ الحكم القضائي على الحالة الأولى وهي التي يعطى فيها القاضي الرشوة ليحكم بغير الحق.

أما إذا أعطى الرشوة ليقضي بالحق فقضى به فينبغي أن لا يبطل القضاء، ولكن يجب عزل القاضي بالفسق بأخذ الرشوة، وذلك لأن القضاء إذا كان بالحق لم يجز نقضه، لوصول الحق إلى مستحقه، فتقر هذه النتيجة ولكن لا يقر القاضي على جريمته بل يعاقب بالتعزير والطرد.

٤ - وإذا كان سبب فسق القاضي هو الجور في الأحكام، فقد اتفق العلماء على وجوب نقض ما تبين الجور فيه، إذ الجور لا يقر لأنه منكر والمنكر يغير فيغير ممن بيدهم الأمر في ذلك بيد أنهم اختلفوا في الأحكام العادلة التي يحكم بها القاضي المشهور بظلمه، فرأى بعضهم أن هذه الأحكام لا حجية لها، ويجب نقضها، لوجود الشك فيها حيث لا يؤمن حيف أمثال هؤلاء القضاة. والبعض الآخر يرى أنها لا تنقض لأن الحق وصل فيها إلى مستحقه ولا يهم إن كان ذلك عن طريق قاض جائر أو عن طريق قاض عادل(٣).

---

(١) فيض الاله المالك لعمر بركات جـ ٢ ص ٣٤٠، مغنى المحتاج للخطيب الشربيني جـ ٤ ص ٣٧٤.

(٢) الترمذي الجامع الصحيح جـ ٣ ص ٦٢٢، الصنعاني سبل السلام جـ ٤ ص ١٦٩ سنن أبي داود جـ ٣ ص ٤٠٩.

(٣) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٧٤، الفواكه العديدة جـ ٢ ص ١٨٤، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٦٢.

٥ - بخصوص الحكم إذا كان صادرا عن امرأة وليت القضاء فيرى جمهور الفقهاء أن قضاءها يرد ولا ينفذ منه شيء .

ويرى الأحناف ، أن قضاءها نافذ في كل ما تجوز شهادتها فيه من الأمور فيصح قضاؤها وينفذ في الأموال ومسائل الأحوال الشخصية ولا يستثنى عندهم من الأصول سوى قضايا الحدود والقصاص. ويرى الطبرى أن المرأة ينفـــذ قضاؤها إذا صدر مستوفيا شروطه سواء أكان في الحدود والقصاص أم في بقية الأمور .

وتتضح وجهة نظر الطبرى في أن الأصل أن كل من يأتى منه الفصل بين الناس وإنهاء خصوماتهم يكون حكمه جائزا[1] .

وبناء على الأصل المتقدم ، وهو أن الحكم إذا كان صوابا ، ينفذ لوصول الحق إلى مستحقه ومن ثم ينبغي أن يصار إلى القول بحجية حكم المرأة إذا وافق الشرع وإن الذكورة تكون شرطا في التولية وليست شرطا في صحة الحكم نفسه .

٦ — بالنسبة للقاضي الذى تنفـــذ أحكامه وتحوز الحجية ، فهو المختص حسبما ورد في كتاب التولية ، وأما الاختصاص فيتعلق بالزمان والمكان والنوع والمذهب ، فإن وقع القضاء ضمن الاختصاص كان نافذا وحائزا للحجية إذا استكمل الشروط الأخرى ، وإلا - بأن وقع خارج اختصاص القاضى - لم يكن له قيمة ولم يحز الحجية . وتفصيل الزمان والمكان والنوع والمذهب على الوجه التالى :

(أ) فإذا ولى السلطان قاضيا وخصصه بزمان معين ، بأن قال له وليتك القضاء من تاريخ كذا إلى تاريخ كذا ، فليس له أن يقضى في غير الزمن المعين ، فإن فعل لم يكن لقضائه قيمة ، وهو في ذلك كبقية الناس ليس له القضاء إلا أن يحكمه

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٤٩٦ / ٤٩٧ .

الخصوم فى قضيتهم وتتوافر شروط التحكيم فيكتسب ولا يتـــه من اتفاق الارادتين .

(ب) أيضا إذا ولى السلطان قاضيا وخصصه بمكان معـــين فإن حكمه لايكون إلا فى دائرة اختصاصه المكانى فإن قضى فى مكان آخر لم ينفذ قضاؤه ولم يكن حجة على أحد .

(ج) كذلك إذا ولى السلطان قاضيا وخصه بنظر نوع معين من القضايا كالأحوال الشخصية مثلا أو قضايا المواريث أو الوقف أو غير ذلك فليس للقاضى أن يقضى فى غير ما خصص له، فإن فعل لم يكن حكمه ذا حجية ولا قيمة له.
هذا وجواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والموضوعات محل إتفاق بين الفقهاء(١) .

المطلب الثالث

الحدود والقيود المتعلقة بالمقضى له

٣٦ ـ تحدد الأنظمة الوضعية حالات معينة ، لايكون فيها القاضى صالحا لنظرها ولا مؤهلا لأن يكون قاضيا فى هذه الحالات بجلس لنظرها وإصدار حكم فيها ، وهذه الحالات هى ما تعرف فى القانون الوضعى بحالات عدم الصلاحية أو عدم الأهلية incapacite au inhabilit (٢) . ومن هذه الحالات ما تنص عليه المادة ١٤٦ من قانون المرافعات المصرى ، ومنها ما يأتى :

---

(١) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٦٨، القضاء فى الاسلام د. محمد سلام مدكور ص ٥٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة .

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك ، العشماوى ، قواعد المرافعات ، ص١٤٥، د. احمد مسلم اصول المرافعات ، ص ٤٦ ، د. محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ،ص٢٣٣ د. فتحى والى ـ الوسيط ص١٩٧ ،عبد الباسط جميعى مبادىء المرافعات ص ٢٠٩ فنسان ، ص ١٩٠ ، موريل ص ١٣٣ .

(أ) إذا كان القاضى قريبا أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ، حيث أن من شأن هـذه الرابطة مظنة تأثر القاضى بها وخروجه عن حياده .

(ب) إذا كان القاضى وكيلا عن أحـد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له . وكذلك لو كان القاضى قريباً أوصهراً إلى الدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أوبالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة أوبأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى .

(جـ) إذا كان للقاضى أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصياً أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة .

ففى تلك الحالات يكون القاضى ممنوعا من سماع الدعوى ، ومن إصدار حكم فيها ، وعليه أن يعلن تنحيه عن نظرها وإحالتها إلى قاض آخر فاذا تجاهل ذلك وجلس للقضاء فى دعوى ممنوع من نظرها ، فان حكمه يكون باتفاق الفقهاء باطلا ، ولو تم ذلك باتفاق الخصوم(١) .

وبالرغم من اتفاق فقهاء القانون على بطلان الحـكم الصادر من القاضى فى حالة من الحالات التى يكون فيها غـير صالح لنظر الدعوى ، إلا أنهم قد اختلفوا فى وسيلة هذا البطلان ، فمنهم من ذهب إلى القول بأن عدم صلاحية القاضى يعتبر عيباً جسيما يعيب الحـكم ويجعله فى حكم المعدوم ، الأمر الذى يحجب عنه الحجية ، ويمـكن رفع دعوى مبتدأة ببطلانه(٢) . ومنهم من ذهب

(١) د/ محمود هاشم ، المرجع السابق ص ٢٣٨ بند ١٤١

(٢) د/ فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٢١٢ هامش (٣) ويؤيده د عبد الخالق عمر ، قانون المرافعات ، ص ٢٥١.

إلى أن الحكم الصادر من قاض غير صالح لإصداره لا يعتبر حكما معدوما ، ومن ثم لا يجوز رفع دعوى ببطلانه ، وإنما يمكن تقرير بطلانه عن طريق الطعن فيه بالطرق التي يحددها القانون ، فإذا لم يطعن فيه يصبح باتا وحائزاً لقوة الأمر المقضي(١) .

٢٧ — أما الشريعة الإسلامية فقد قررت أنه لا ينفذ قضاء القاضي ولا يجوز أي قدر من الحجية إذا كان الشخص الذي صدر الحكم لصالحه ممن لا تقبل شهادته للقاضي ، وذلك ضمانا لحياده ، وعدم تأثره بأي نوع من المؤثرات وإبعاداً له عن مواطن الشبهات .

ومع أن الفقهاء متفقون على هذه القاعدة ، إلا أنهم مختلفون في تطبيقها ، وتحديد الأشخاص الذين لا تقبل شهادة بعضهم لبعض .

فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تقبل شهادة الوالد للولد وإن سفل ، ولا الولد للوالد وإن علا ، ولا شهادة الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها .

أما الشافعي فعنده تقبل شهادة الزوج لزوجته ، وتقبل شهادة الأخ والخال والعم عند الجمهور خلافا المالكية حيث قالوا : لا تقبل شهادة الأخ والعم والصديق إلا إذا كانوا مشتهرين بعدالتهم متفوقين فيها ، كذلك لا تقبل الشهادة للغريم المفلس ولا للشريك إذا كان مال الشركة هو موضوع الشهادة ، ولا شهادة الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه(٢) .

---

(١) العشماوي ، بند ١١٧ ص ١٥٣ ، د . احمد ابو الوفا ، المرافعات ط ١٢ بند ٦١ ، عبد الباسط جميعي — مبادىء المرافعات ، ص ٢٢٤ ، ويؤيد ذلك د.محمود هاشم ، قانون القضاء المدني، ص ٢٣٩-٢٤٠

(٢) ابو يعلى ، الأحكام السلطانية ص٧٣ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ج ٢ ص ٣٧١ طبعة ١٩٦٨ دار الشرق للطباعة — القاهرة .

وتأسيسا على رأى جمهور الفقهاء، لا ينفذ قضاء القاضى لنفسه ولا لوكيله أو وكيل وكيله ولا يصح قضاء الزوجة لزوجها، بناء على الرأى القائل بجواز تولية المرأة القضاء، ولا يصح قضاؤه لشريكه إذا كانت الخصومة فى مال الشركة، وكل قضاء وقع فى هذه الصور كان باطلا ولم ينفذ، وليس له أى مقتضى من مقتضيات الحجية، وعلى كل قاض يرفع إليه الأمر بعد ذلك أن يبطله(١).

ويتضح من المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، أن الأخير قد اتخذ نفس المبدأ الذى يسود الفقه الإسلامى من حيث عدم صلاحية القاضى للحكم عندما يكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، وأن حكمه فى هذه الحالة لا يتمتع بالحماية التى تكون للأحكام القضائية.

بيد أن الخلاف بين الشريعة والقانون ينحصر فى تقدير الحالات التى يمكن أن يتأثر فيها القاضى وإن كان هذا الخلاف يعد بسيطا لأن مثله قد حدث بين فقهاء الشريعة أنفسهم وذلك فيما تقدم الكلام فيه.

المطلب الرابع

الحدود والقيود المتعلقة بالمحكوم عليه

٣٨ — تقرر التشريعات الوضعية أنه إذا كان للقاضى أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد أطراف الدعوى، كان هذا القاضى غير صالح للنظر فى القضية، ووجب تنحيته عنها، فإن حكم كان المحكوم عليه الحق فى طلب نقض الحكم(٢).

وفى حالة غياب الخصم تقلل هذه التشريعات من صدور الأحكام الغيابية

(١) الأبيانى، مباحث المرافعات ص ١٨٠، ١٨١.

(٢) د. العشماوى، قواعد المرافعات المرجع السابق ج ٢ ص ١٤٥، ص ١٥٣، د. فتحى والى، مبادىء قانون القضاء المدنى المرجع السابق ص ٥٦٢ ص ٥٦٣

ولكنها لا تمنعها حيث أجازت ذلك بقيود من أهمها : عدم جواز الحكم على الغائب إلا بعد إعلانه ودعوته للحضور إلى المحكمة مهما كان بعيداً ،

وتذهب بعض التشريعات إلى وجوب إعلانه مرة أخرى بعد تغيبه ، حتى إذا ماصدر الحكم ، كان بمثابة الحكم الحضورى ، ولم يكن للمحكوم عليه معارضته إذا رجع من غيبته .

والبعض الآخر من هذه التشريعات يخير المدعى بعد الإعلان للمرة الأولى بين إعلان خصمه مرة أخرى بحيث إذا لم يحضر يكون الحكم حضوريا ، وليس للغائب حينئذ حق الاعتراض على الحكم ، وبين أن يحكم عليه ، بعد إعلانه للمرة الأولى بشرط أن يبقى للغائب الحق فى الاعتراض على الحكم إذا رجع من غيبته .

وهذه الاتجاهات فى التشريعات الوضعية ، حديثة العهد بها ، وخلاصة ما آلت إليه هذه الاتجاهات مما يتعلق بموضوع الحجية ، أن الأحكام التى تصدر فى غيبة المحكوم عليه نوعان : نوع يكون بمثابة الحكم الوجاهى ويحوز الحجية كاملة ولا يجوز الاعتراض عليه إلا بطرق الطعن التى أجازتها القوانين .

ونوع لا يحوز تلك الحجية كاملة ، وإنما يكون قابلا لإعادة النظر فيه أمام المحكمة التى أصدرته إذا طلب ذلك المحكوم عليه ويسمى هذا النوع من الطعون بالمعارضة(١) .

٣٩ — وفى شريعة الإسلام ، لايحوز الحكم القضائى الحجية إلا إذا توفرت فى المحكوم عليه شروط هى :

(١) عدم وجود عداوة بينه وبين القاضى أيا كان نوع هذه العداوة ، فإن كان جاز الحكم له ولم يجز الحكم عليه ، فإن حكم عليه بالرغم من ذلك فقام

---

(١) د. عبد الباسط جميعى شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٤٩٢ وما بعدها
د. أحمد مسلم أصول المرافعات ص ٦٨٩ وما بعدها .

المحكوم عليه وطعن في الحكم بالعداوة وأثبت ذلك ، وجب نقض الحكم(١) .

(ب) أن يكون حاضراً عند الحكم فإن كان غائبا فقد اختلف الفقهاء في ذلك : فذهب الأحناف إلى بطلان القضاء علي الغائب البعيد الذي يعرف مكانه من غير ضرورة .

أما فقهاء المذاهب الأخرى فيرون جواز القضاء علي الغائب في حقوق العباد دون حقوق الله عز وجل . وعلى الرغم من أن جمهور الفقهاء يصحح القضاء على الغائب إلا أنهم لم يجعلوا للحكم الصادر عليه من الحجية ما للحكم الصادر على الحاضر :

فالمالكية - وهم الذين أجازوا الحكم على الغائب بشروط محددة - يرون أن للغائب إذا حضر الحق فى معارضة بينات المدعى ، كتجريح الشهود ونحو ذلك ، وله أن يتقدم دفوعه ، فإن كانت مقبولة نقض بها الحكم السابق ونقضت آثاره فإذا لم يحدث اعتراض من الغائب على الحكم فى فترة معينة ، نفذ الحكم ولم يجز بعد ذلك نقضه(٢) .

والشافعية يرون أن الغائب المحكوم عليه له الحق فى إبداء أي نوع من أنواع الدفوع الموضوعية بعد حضوره ، ولو لم تكن معه بينات ، فله عندئذ تحليف المحكوم له ، فلو حضر المحكوم عليه بعد غيبته وادعى على المحكوم له إبراء أو قضاء أو حوالة ، سمعت دعواه وله تحليف المدعى المحكوم له(٣) .

(جـ) لا يكون الحكم القضائى نافذاً إلا إذا كان المحكوم عليه معلوما ،

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام جـ ١ ص ٨٥ ، أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ص ٧٣ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام جـ ٢ ص ٣٧

(٢) فتح العلى المالك ، الشيخ عليش جـ ٢ ص ٣٠١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ١٣٥ المرجع السابق .

(٣) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢٠٢ المرجع السابق .

فإن كان مجهولا لم يعتبر الحكم ولم يحز أية حجية ، وذلك لأن الحكم لا يصح إلا بكونه ملزما ولا يأتى الإلزام على المجهول(١).

ومما تقدم يتضح أن مسلك القوانين الوضعية فيما ذهبت إليه يعتبر قريبا جدا من مسلك الفقه الإسلامى لاسيما التشريعات الوضعية القديمة التى كانت أقرب إلى مذهب جمهور الفقهاء المسلمين فى تصحيح الحكم على الغائب وإعطائه حق الاعتراض إذا رجع من غيابه .

المطلب الخامس

الحدود والقيود المتعلقة بالحكم ذاته

لا يكسب الحكم القضائى حجيته بمعناها الفنى إلا إذا توفرت فيه شروط مخصوصة هى :

٤٠ — صدوره فى خصومة : لايصدر الحكم القضائى فى الأنظمة الوضعية إلا بعد اتخاذ مجموعة من الأعمال القانونية هى مايطلق عليها الإجراءات القضائية التى يقوم ببعضها الخصوم ، ويقوم القاضى وأعوانه بالبعض الآخر ، وتكون هذه الإجراءات فى مجموعها مايسمى بالخصومة القضائية Instance التى تمثل الشكل العام للعمل القضائى(٢) ، فلا قضاء إذن فى غير خصومة منعقدة بين طرفيها من الأحياء . حيث إن الأنظمة تنظم الخصومة وإجراءاتها وصولا إلى الحقيقة ، والتى لن يصل القاضى إليها إلا بعد تحقيق ادعاءات الخصوم وطلباتهم وإثباتها ، وهى الأمور التى تتكفل اجراءات الخصومة بتحقيقها .

(١) مباحث المرافعات للأبيانى ص ١٨١ المرجع السابق .

(٢) وجدي راغب فهمى — مبادىء الخصومة ، ص ١٥ — ١٦ ، ١٩٧٨ .
د . محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، ص ٩٧/٩٨ .

وحيث إن الأعمال الولائية لا تصدر في خصومة ، فإنها لا تعتبر من قبيل الأحكام القضائية التي تحوز الحجية(١) وهو ذات ما قررته شريعة الإسلام ، إذ اشترطت في الحكم لكي يكتسب حجيته فيها أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة(٢) . فإذا كان الحكم صادرا في حقوق العباد ، فلابد أن تكون حادثة تجري بين يدي القاضي من خصم على خصم وإلا كان القضاء من قبيل الفتوى ، فلا ينفذ ولا يكون ملزما .

غير أن هذا ليس شرطا فيما يصدره القاضي من أحكام تتعلق بحقوق الله تعالى ، لأن تحصيل هذه الحقوق واجب على كل مسلم قاضيا كان أو غيره ، وكل مسلم له الحق في أن ينتصب خصما مدافعا عنها .

وتأسيسا على هذا الشرط لم يعد فريق من الفقهاء أفعال القاضي وتصرفاته التي لا تسبقها خصومة بين طرفين ، من الأحكام ، وبالتالي أجازوا للقاضي نفسه ولمن يأتي بعده ، أو لولي الأمر أن ينقضها أو يعدلها .

غير أن فقهاء الأحناف يرون أن سبق الخصومة لا يشترط في الأحكام القضائية الفعلية وإنما يقتصر اشتراطه على الأحكام القولية ، ومن أجل ذلك عدوا معظم أفعال القاضي التي تصدر بناء على وظيفته من باب الأحكام التي تحوز الحجية ولا يجوز نقضها أو تعديلها .

أيضا استثنى بعض الفقهاء من الشرط السابق في الحكم الضمني ، كما إذا شهد

---

(١) د. عبد الباسط جميعي — شرح قانون الاجراءات المدنية ، ص ٤٦٢ ، أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، ص ٦٩٥ ، د. محمد حامد فهمي ، المرافعات المدنية ، ص ٦٠٨ ، أحمد نشأت ـ رسالة الإثبات ج ٢ ص ٢٣ .

(٢) ابن عابدين الحاشية ج ٥ ص ٤٢٤ ؛ زكريا الأنصاري ، الأعلام والاهتمام ص ٣٧٣ ؛ مجلة الأحكام العدلية ١٨٢٩ ؛ ابراهيم عوض في القضاء في الاسلام ص ٢٤٨ علي قراعة الأصول القضائية ص ٢٩٧ .

الشهود على خصم بحق ، وذكروا اسمه واسم أبيه ، وقضى القاضي بعد ذلك بالحق ، كان هذا قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن حادثة مخصوصة بالنسب ، ويعتبر هذا القضاء عند هـــذا الفريق من الفقهاء حائزا للحجية التي جعلت للأحكام القضائية وإن لم تسبقه دعوى ولم يكن مطلوبا من أحد(١) .

٤٢ — أن يكون الحكم بصيغة تدل على الإلزام . لأن أهم وظائف الأحكام القضائية حسم النزاع بين المتخاصمين وهذا الحسم لا يتحقق إلا بالإلزام(٢) ، فإذا رفع إلى قاض قضية امرأة تزوجت بغير ولى ، فلم يزد على قوله : لا أجيز نكاحها بغير ولى ، من غير أن يقصد إلى فسخ هذا النكاح بعينه ، فإن هذا ليس بحكم ولمن يأتي بعده من القضاة أن يستقبل النظر فيه(٣) .

ومع أن فقهاء الشريعة متفقون على هذا الشرط ، إلا أنهم اختلفوا في بعض الصيغ : أتدل على الإلزام فتعتبر أحكاما لاتنقض أو أنها لاتدل عليه ولا تحسم النزاع فلا تعتبر أحكاما ويجوز نقضها وتغييرها بعد ذلك ؟

فمن هذه الصيغ : قول القاضي « ثبت عندى أن لهذا على هذا كذا وكذا أو ظهر عندى أو صح عندى أو علمت » فى هذه الصيغ ونحوها اختلفوا على فريقين :

فريق يرى أن هذه الصيغ تعتبر حكما قضائيا لايجوز نقضه ، لأن ثبوت

---

(١) ابن عابدين ، الحاشية جـ ٥ ص ٤٢٤ ، خير الدين الرملي ، اللآلىء الدرية على جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٠ .

(٢) جامع الفصولين لابن قاضي سماونه جـ ١ ص ٢٠ ، الأعلام والاهتمام لزكريا الأنصاري ص ٣٧٣ ، شرح الخرشي جـ ٧ ص ٢١٣ .

(٣) الخرشي جـ ٧ ص ١٦٧ .

الشيء لدى القاضى يستلزم الحكم بما ثبت عنده ، فالثبوت وإن لم يكن حكما فى ذاته ، إلا إنه يستلزمه والقضاء بالشيء حكم بما يلزم منه .

والفريق الثانى يرى أن هذه الصيغ ليست حكما ، لأن الثبوت مغاير للحكم إذ هو فى حقيقته قيام الحجة على وجود السبب الشرعى ولكن الحكم فصل الخصومة بقول ملزم وهما أمران متغايران .

والقوانين الوضعية أقرب إلى هذا المذهب حيث ترى أن تسجيل البيانات وإثبات الإشهادات والإقرارات يعتبر من الأعمال الولائية التى يقوم بها القاضى بالإضافة إلى وظيفته الأساسية فى حسم المنازعات ، ولا تعتبر هذه الأعمال من قبيل الأحكام ، ولا يكون لها حجيتها القضائية ويجوز نقضها أو تعديلها(١) .

٤٣ - أن يكون الحكم مسببا : تشترط الأنظمة الوضعية لصحة الحكم أن يكون مشتملا على ذكر الأسباب التى بنى عليها وإلا كان باطلا، ويجب أن تكون الأسباب جدية وكافية ، كما يجب أن لا تكون متناقضة بعضها مع بعض أو مع المنطوق(٢) ، ويعتبر هذا شرطا فى جميع أنواع الأحكام القضائية ولا يقتصر على نوع معين . وفى الشريعة الإسلامية ، إذا كان القاضى الذى أصدر الحكم ممن لم تتوافر فيه الشروط وعين فى منصب القضاء للضرورة أى لعدم وجود من تتوفر فيه الشروط ، ولضرورة الفصل بين المتخاصمين من الناس ، فيجب على هذا القاضى أن يذكر فى الحكم الصادر عنه السبب الذى بناه عليه ، فإن لم يذكر مستنده لم يقبل حكمه ولم ينفذ ، ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشافعية .

---

(١) د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ج١ ص٢٧٩ ، د . العشماوى . قواعد المرافعات ص ٢٣٠ .

(٢) د . محمد حامد فهمى ، المرافعات المدنية ص ٦٢٨ ، د . أحمد مسلم ، أصول المرافعات ص ٦٧٠ ، ٦٧١ .

وذهب فريق إلى أن التسبيب شرط فى نقض الحكم، فمن نقض حكما بحجة مخالفته للأوضاع الشرعية، وجب عليه بيان مستنده فى هذا النقض وإلا لم يكن نقضه حجة أبدا(١). وأما الأحكام القضائية الصادرة عن أهلها والتى ليس فيها نقض لأحكام سابقة، فلا يشترط فيها ذكر الأسباب ولكن يستحب ذلك.

يقول الإمام الشافعى فى كتابه « الأم » (وأحب للقاضى إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه ويبين له ويقول له « احتججت عندى بكذا وجاءت البينة عليك بكذا، واحتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم من قبل كذا » ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه وأبعد من التهمة، وأحرى إن كان القاضى غفل عن موضع فيه حجة أن يبينه ... وإن لم يفعل جاز حكمه، غير أنه ترك موضع الاعذار إلى المقضى عليه عند القضاء)(٢).

٤٤ — ليس فى القوانين الوضعية ما يوجب على القاضى أن يعذر الخصم الذى قامت الأدلة ضده ولم يبق إلا الحكم عليه بمقتضى هذه الأدلة، ولكن المدافعة فى الدعوى هى صميم نشاط الخصوم فيها، والدفوع الشكلية والموضوعية والطلبات العارضة هى أدوات المدافعة فى الدعوى. وللخصوم الحق فى التعرض للحجج والأدلة والبينات التى يقدمها الطرف الآخر، وله أن ينقضها بدعوى تزويرها، أو كذبها أو غير ذلك، ولو أن قاضيا من القضاة منع أحد الخصوم من هذه الحقوق وأصدر حكمه القضائى بعد ذلك، لم يكن لمثل هذا الحكم حجية قضائية لأن من المقرر أن حق الخصوم فى الدفاع Droit de defence أمام القاضى أصل من أصول التقاضى فى التشريعات الوضعية. ومقتضى هذا الحق تمكين

---

(١) راجع السيوطى، الأشباه والنظائر ص٥٢٣، فتح المعين، المليبارى ص١٣٧ ص ١٣٨ مطبعة دار الكتب العربية طبعة ١٣٣١ هـ. شرح الخرشى ج ٧ ص١٦٣.

(٢) الشافعى، الأم ج ٦ ص ٢٢٤.

المدعى من بسط إدعاءاته وتدعيمها بما لديه من أدلة . والرد على الدفوع التى يبديها خصمه ، وتمكين المدعى عليه من شرح دفاعه وتدعيمه كذلك بما لديه من أدلة مضادة ، وليس مبدأ المواجهة بين الخصوم إلا من مقتضيات هذا الحق .

وقد أبان شراح القوانين الوضعية صراحة بأن أى حكم يصدر مخالفا لهذا المبدأ يكون قد انطوى على مبرر قانونى لإبطاله، ويفقد حجيته القضائية ولا يصح الاحتجاج به(١) .

فإذا إنتقلنا إلى الشريعة الإسلامية لنتعرف على وجهة نظرها إزاء هذا الشرط ، وجدنا أن الحكم القضائى لا تكون له حجية عند فقهاء المالكية إلا بشرط أن يسبق صدوره إعذار يوجهه القاضى لمن يريد الحكم عليه بسبب توجه البينات عليه . ويقصدون بالإعذار أن يسأل القاضى من توجه عليه الحكم ببينة ، هل عنده ما يجرح هذه البينة أو ما يسقط ما وجب عليه بالبينة التى أقامها الخصم الآخر(٢) .

يقول الإمام مالك رحمه الله « وجه الحكم فى القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما وفهم القاضى عنهما ، وأراد أن يحكم بينهما ، أن يقول لهما أبقيت لكما حجة ؟ فإن قالا : لا حكم بينهما ثم لا يقبل منهما حجة بعد إنفاذ القضاء ، وإن قال أحدهما : نعم بقيت لى حجة ، أنظره القاضى ولم يزل على حجته عند ذلك القاضى ، وعند غيره مع بقاء ولايته وبعدها ، وينظر له فى ذلك القاضى ومن ولى بعده

---

(١) د . فتحى والى ، مبادىء قانون القضاء المدنى ص ٥٦٣ ، د. أحمد مسلم ، أصول المرافعات ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ ، د . محمود هاشم ، اجراءات التقاضى والتنفيذ ، ص ٩٨ ، قانون القضاء المدنى ، جـ ٢ ص ٢٦٦،٢٦٧ . د. فتحى والى – الوسيط ، ص ٥٤٥ . نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص١٧٤٨ .

(٢) حاشية على العدوى على شرح الخرشى جـ ٧ ص ١٥٨ .

وهذا مالم يظهر لديه ، فحينئذ يعجزه »(١) . وقد فهم علماء المذهب من كلام أمامهم أن الأعذار واجب ملقى على عاتق القاضى بحيث يكون التقصير فيه سببا فى فقدان الحكم لحجيته . غير أنهم استثنوا من ذلك ما لو غلب على ظن القاضى أن من يراد الحكم عليه عالم بحقه فى الطعن والإعذار ، فإنه لا يكون واجبا حينئذ(٢) . ويلاحظ أن للاعذار شروطا وقيودا أو استثناءات عند علماء المالكية جاءت مفصلة فى كتبهم(٣) .

أما بقية فقهاء المذاهب الفقهية ، فلم يوجبوا على القاضى إعذار من قامت الحجج ضده ولكن بعضهم استحبه له ، ولو تركه لم يبطل قضاؤه ولم يفقد حجيته(٤) .

وعلى ضوء ماتقدم يتضح أن مسلك التشريعات الوضعية جاء موافقا لجمهور فقهاء الشريعة فى مسلكهم فى الأعذار الموجه إلى الخصم ومدى وجوبه من عدمه ، على القاضى بالنسبة لمن يريد الحكم عليه ، بسبب توجه البينات عليه ، وهو ذلك الخصم الذى قامت الأدلة ضده ولم يبق إلا الحكم عليه بمقتضى هذه الأدلة .

٤٥ — إذا نظرنا إلى القوانين الوضعية ، لوجدنا أن الأمر فيها يختلف

---

(١) نقلا عن الإمام مالك بواسطة ابن فرحون ، أنظر تبصرة الحكام ج ١ ص ١٦٦

(٢) الشرح الكبير لأبى البركات أحمد الدردير ج ٤ ص ١٤٨ ، مطبعة عيسى الحلبى بمصر .

(٣) الدردير . الشرح الكبير ج ٤ ص ١٤٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج ١ ص ١٦٦ ، محمد على بن حسين، تهذيب الفروق ج ٤ ص ١٢٩ الطبعة الأولى ١٣٤٦هـ . وانظر حاشية الامير ج ٢ ص ٣١٨ المطبعة البهية ١٣٠٤هـ .

(٤) الشافعى ، الأم ج ٦ ص ٢٢٤ .

عما كان عليه الحال فى الحياة الإسلامية من حيث التشريع المطبق لهم (فبينما كان الناس يخضعون فى الحياة الإسلامية ـ كما نعرف ـ لأصول موحدة للأحكام هى الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد ، وكانت المصادر الثلاثة الأول منها تشتمل على أحكام محددة قطعية لا خلاف فيها ، وليس لأحد أن يخالفها مهما كان ، وأحكام أخرى يختلف فيها النظر الاجتهادى ويتباين ، وليس شىء منها على التحديد والتعيين ملزما ، وإنما الملزم هو اختيار بعضها لتطبيقه على الواقعة المطلوب القضاء فيها ، بناء على مرجحات معترف بها . بينما كان الأمر كذلك إذ بنا نجد النظم الوضعية قد صاغت الأحكام فى مواد قانونية محددة بحيث يلتزم القضاة بتطبيقها على الوقائع المعروضة عليهم . غير أنه من المتصور فى هذه النظم حدوث ماهو قريب فى طبيعته مما كان يحدث بين الفقهاء المسلمين على نطاق ضيق وهو الاختلاف فى تفسير المادة القانونية التى يراد تطبيقها على الواقعة . وأمام هذا الوضع القانونى ، فإن حجية الأحكام الصادرة عن القضاء تتلخص فى الآتى :

(أ) بخصوص الأحكام الابتدائية ، فهذه الأحكام لا حجية لها أمام محاكم الدرجة الثانية ويمكن نقضها وتغييرها بسبب تبنى محاكم الدرجة الثانية تفسيرات مختلفة للقانون المطبق على الواقعة ، ولكن ليس المحاكم الأخرى من محاكم الدرجة الأولى أية سلطة على الأحكام القضائية ، وإن كانت تتبنى تفسيرات مخالفة القانون ، فهذه المحاكم ـ فى الواقع ـ تعد ممنوعة من حيث الاختصاص فى النظر فى القضايا التى صدرت فيها أحكام .

وليس الأمر متعلقا بالحجية ـ كما هو مفهوم من كلام كثير من شراح القانون ـ وإنما النظام قد خصص محاكم معينة لإعادة النظر فى القضايا التى صدرت فيها أحكام ابتدائية ، وهى محاكم الاستئناف ، إذ لهذه المحاكم أن تغير وتبدل فى الأحكام الابتدائية ، وفى ذلك قد تستند إلى تفسيرات للمواد القانونية المطبقة مغايرة لتلك التفسيرات التى أخذت بها محاكم الدرجة الأولى .

(ب) وبالنسبة للأحكام الاستئنافية وكذلك الأحكام الابتدائية التى صارت نهائية ولا يصح استئنافها ، تظل هذه الأحكام ناقصة الحجية من حيث قابليتها للابطال ، إذا رفعت إلى محكمة أعلى تسمى محكمة النقض ، ورأت هذه المحكمة أن تلك الأحكام لم تلتزم بالقواعد القانونية المقررة ، أو رجحت تفسيرات معينة للقانون ، لم تأخذ بها المحاكم التى أصدرتها . وليس لغير محكمة النقض أن تنقض الأحكام التى وقع فيها مخالفة للقانون أو خطأ فى تأويله .

فإذا توجهنا إلى الشريعة الإسلامية ، وجدناها تشترط فى الحكم القضائى حتى يتمتع بمقتضيات الحجية ، أن لا يحتوى على أية مخالفة للكتاب الكريم أو السنة المطهرة أو الإجماع ، فإذا صدر حكم قضائى فيه مثل هذه المخالفة ، كان باطلا وليس لأحد أن يجيزه أو ينفذه ، وينقضه كل من رفع إليه .

وقد تقدم أصل لا خلاف عليه وهو أن القضاء نافذ فى المجتهدات وليس لأحد أن ينقضه ، ويعتبر من المجتهدات كل أمر يحتمل الاجتهاد وأن لم يسبق للفقهاء أن تعرضوا له أو اجتهدوا فيه ، وهذا الأمر يكون كذلك إذا لم يكن فيه نص من القرآن الكريم أو السنة المطهرة ، ولم يكن فيه إجماع ، فإذا ماصدر فى هذا الأمر حكم قضائى من حاكم قادر على الاجتهاد كان نافذا ولم يجز لأحد نقضه .

وقد تقدم أصل لا خلاف عليه وهو أن القضاء نافذ فى المجتهدات وليس لأحد أن ينقضه ، ويعتبر من المجتهدات كل أمر يحتمل الاجتهاد وأن لم يسبق للفقهاء أن تعرضوا له أو اجتهدوا فيه ، وهذا الأمر يكون كذلك إذا لم يكن فيه نص من القرآن الكريم أو السنة المطهرة ، ولم يكن فيه إجماع ، فإذا ماصدر فى هذا الأمر حكم قضائى من حاكم قادر على الاجتهاد كان نافذا ولم يجز لأحد نقضه .

فإذا لم يكن الأمر من المجتهدات بأن كان فيه نص قاطع من الكتاب

الكريم ، أو حديث نبوى شريف قطعى فى ثبوته أو دلالته أو كان فيه إجماع معتبر فيجب أن يكون الحكم القضائى الصادر فيه غير مخالف للنص أو الإجماع وإلا كان مهدر الحجية وباطلا ، بل يجب إبطاله ونقضه على كل قاض يرفع إليه ، لأنه منكر ، والمنكر يجب تغييره[١] ، ولأن الله أمر بالحكم بما أنزل فقال سبحانه (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله)[٢] ، وقال الفاروق عمر ابن الخطاب رضى الله عنه « ردوا الجهالات إلى السنن » ، كما كتب عمر إلى أبى موسى الأشعرى قائلا له « لايمنعنك قضاء قضيت به ، ثم راجعت فيه نفسك ، فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم لا يبطله شىء ، وأن الرجوع إلى الحق أولى من التمادى فى الباطل » . والقصد من ذلك هو الرجوع إلى الحق المقطوع به وليس الرجوع إلى الظنى المحتمل[٣] .

ومثال الحكم القضائى المخالف لنص قطعى من كتاب الله عز وجل ، الحكم الصادر بالزام المدعى عليه بالفوائد المستحقة عليه بسبب تأخره عن الدفع فى الموعد المحدد للدين ، فهذا يعد حكما بجواز التعامل بالربا المحرم بعدة نصوص قرآنية وأحاديث نبوية .

وهناك مثال آخر ، وهو الحكم الصادر بالزام الخصم بدفع ثمن متروك التسمية عمدا[٤] ، فهذا الحكم يكون مخالفا لظاهر قوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم

---

(١) الأحكام للقرافى ص٧٨ ، الفتاوى البزازية لابن البزاز جـ ٥ ص١٧٣ ، أدب القاضى للماوردى جـ١ ص ٦٨٤ ، ص ٦٨٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٢٦ ، القضاء فى الإسلام لابراهيم عوض ص٢٤٣ .

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة .

(٣) المهذب للشيرازى جـ ٥ ص ٢٩٧ ، أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية جـ ١ ص ١١٠ ، ص ١١١ .

(٤) القضاء فى الاسلام : إبراهيم عوض ص٢٢٤ .

يذكر اسم الله عليه وأنه لفسق)(١) .

٤٦ — ومن القضاء المخالف للسنة والإجماع ، الحكم بالبراءة على شارب الخمر لأنه يشرب فى مكان عام ، أو الحكم عليه بالسجن بدلا من الجلد ، فذلك مخالف لما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أن شارب الخمر يعاقب بالجلد ، فقد صح عنه قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه »(٢) .

ومن القضاء المخالف للاجماع ، الحكم بجعل الميراث كله للأخ دون الجد ، إذ الإجماع على قولين لا ثالث لهما ، المال كله للجد أو يقاسم الأخ ، أما حرمانه بالكلية فلم يقل به أحد ، فمتى حكم به حاكم بناء على أن الأخ يدلى بالبنوة ، والجد يدلى بالأبوة ، والأولى مقدمة ، نقض هذا الحكم لمخالفته إجماع الأمة(٣) .

والحكم القضائى لا يكون بالوصف السابق ذكره ، إلا إذا كان النص الذى خالفه قطعيا فى ثبوته ودلالته ، فإن كان ظنيا فيهما أو فى أحدهما كان من المجتهدات ، والقضاء بخلافه لا ينقض إلا أن يكون فيه خروج على جميع الاحتمالات الشرعية الشائعة .

ومع أن الفقهاء متفقون على الأصل المتقدم ، إلا أنهم فى كثيرة من الأحيان قد اختلفوا فى تطبيقه ، فنجد بعضهم أحيانا يصف النص بأنه قطعى وهو فى الحقيقة غير ذلك عنده أو عند غيره . وبعضهم يدعى الإجماع فى أمر من الأمور ، فى الوقت الذى لا يعترف فيه الآخرون بهذا الإجماع المدعى .

فمن اعتبره إجماعا جعل الأحكام المخالفة له مستحقة للنقض ولا حجية لها ، ومن لم يعتبره كذلك جعله من المجتهدات التى ينفذ القضاء فيها ولا ينقض .

(١) الآية رقم ١٢١ من سورة الأنعام .

(٢) راجع نصب الراية للزيلعى جـ ٣ ص ٣٤٧ الطبعة الأولى ١٩٣٨م . بمصر .

(٣) الاحكام للقرافى ص ١٣٠ .

ومن أمثلة ذلك قول الحنفية بنقض الحكم الصادر بناء على شهادة الشاهد الواحد ويمين المدعى لأنهم يعتبرون ذلك مخالفا للنص(١) وهو قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء»(٢) .

أما جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية فيرون أن الأحاديث الواردة فى القضاء بالشاهد واليمين أحاديث صحيحة ومشهورة ، وبها قال كثير من الصحابة.

ومن ذلك قول المالكية بنقض الحكم بشفعة الجوار لمخالفة ذلك للحديث الصحيح الذى ورد باختصاصها بالشريك(٣) .

ومن جهة أخرى فيما يلتحق بالنصوص والاجماع - مثل القياس الجلى وغيره - من حيث كون مخالفته تستوجب نقض الحكم القضائى الذى وقعت فيه المخالفة ، فقد إختلف فيه الفقهاء على النحو التالى :

٤٧ - (أ) يرى كثير من هؤلاء الفقهاء أن مخالفة القياس الجلى تماثل مخالفة النص(٤) ، فلو حكم قاض على مسلم بناء على شهادة نصرانى أو يهودى فإن هذا الحكم ينقض وليس له حجية لأنه إذا كان الفاسق لا تقبل شهادته ولا يحكم بناء عليها ، فإن عدم قبول شهادة الكافر يكون من باب أولى ، لأنه أشد فسوقا وأبعد عن المناصب الشرعية فى مقتضى القياس ، فينقض ذلك

---

(١) شرح أدب القاضى للصدر الشهيد جـ ٣ ص ١٢٣ .

(٢) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣) الأحكام للقرافى ص ١٣١ .

(٤) الاحكام للقرافى ص ١٣٢ ، أدب القاضى الماوردى جـ ١ ص ٦٨٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٢٥ .

الحكم(١). والقياس الجلي هو ما يكون معناه في الفرع زائداً على معنى الأصل، مثل قوله تعالى « فلا تقل لهما أف »(٢) فالآية تنهى عن الإيذاء اليسير، فيكون النهي عن الإيذاء الشديد أولى ومن ثم كان تحريم الضرب بالقياس الجلي . »

ويلاحظ أن بعض الفقهاء ينكر أن يكون هذا قياساً وإنما هو نص ، وبعضهم سماه مفهوم الخطاب وفحوى الكلام ، ودلالة النص ومفهوم الموافقة(٣) .

٤٨ - (ب) أما فقهاء الأحناف فيرون أن كل حكم قضائي مبني على قول مهجور لبعض العلماء ينقض ولا يعد قضاء في المجتهدات ، فإذا رفع إلى قاض آخر نقضه ، لأن القول المهجور ساقط الاعتبار في مقابلة المشهور . ويقصدون بالقول المهجور ، القول المخالف لإجماع فقهاء الأمصار وسماه البعض خلافاً ونفى أن يكون إختلافاً ، لأن فقهاء الأمصار إذا أجمعوا على شيء وخالفهم قول واحد ، كان هذا القول خلافاً وليس اختلافاً . فمتى قضى الحاكم بقوله كان القضاء حاصلاً في موضع الخلاف ، والقضاء ينفذ في مواضع الاختلاف لا في مواضع الخلاف فكان هذا الحكم باطلاً ويكون للقاضي الثاني أن يبطله وينقضه(٤) .

ومن أمثلة ذلك ، الحكم بإبطال حق في عقار ، لأن صاحبه أقام ثلاث سنين وهو لا يطالب حقه ، فإذا رفع هذا القضاء إلى قاض آخر ، وجب عليه أن يبطله ، ويجعل الرجل على حقه في العقار . لأن القول بسقوط الحق

(١) مصادر التشريع الإسلامي لمحمد أديب الصالح ص ٣٠٤ ، وأيضاً رسالته في تفسير النصوص في الفقه الاسلامي المجلد الأول ص ٥١٦ وما بعدها .

(٢) الآية رقم ٢٣ من سورة الاسراء .

(٣) أدب القاضي الماوردي ج ١ ص ٥٨٤ ، ٥٨٦ .

(٤) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ج ٣ ص ١٠٩ ، ١١٠

بالتقادم - وهو ما استند غاية القاضي الأول - قول مهجور مخالف لقول الجمهور من العلماء والفقهاء في الأمصار فكان خلافاً لا إختلافاً والقضاء في موضع الخلاف لا ينفذ، فإذا رفع إلى قاض آخر أبطله ولم ينفذه(١). ومن ذلك أيضا، مالو تصرفت امرأة بالغة في مال نفسها بأن أقرت بدين أو أوصيت بوصايا بغير رضى زوجها فأبى ذلك فرفعها إلى القاضي فأبطل فعلها ثم ارتفعوا إلى قاض آخر فإنه يبطل حكم ذلك القاضي وينفذ ما صنعت المرأة من ذلك، لأن بعض العلماء، وإن قال إن تصرف المرأة لا ينفذ من غير رضى زوجها، لكن هذا قول مهجور ولا يعتبر بمقابلة قول الجمهور من العلماء بل هو مخالف لنص الكتاب الكريم وهو قوله تعالى «فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين»(٢)، إذ حكم الله بصحة وصية المرأة من غير اعتبار إذن الزوج(٣). ومن ذلك أيضا الحكم بعدم وقوع الطلاق الثلاث إذا كان في حيض المرأة أو أثناء حملها أو قبل الدخول بها فينقضه القاضي الثاني لأنه مبني على قول مهجور(٤). ومنه أيضا الحكم بعدم تأجيل العنين حولا، وفسخ النكاح بسبب العنة دون تأجيل، فإنه ينقض أيضا لأن قول عامة العلماء تأجيل العنين حولا كاملا، والقول الآخر مهجور(٥).

٤٩ — (ج) وأما فقهاء المالكية فيرون وجوب نقض كل حكم قضائي يخالف ما استقر من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، وإن كانت المسألة اجتهادية وليس فيها نصوص قطعية ولا إجماع.

---

(١) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ج ٣ ص ١٠٩، ١١٠.

(٢) الآية رقم ١١ من سورة النساء.

(٣) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ج ٣ ص ١٣٤.

(٤) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ج ٣ ص ١٣٧.

(٥) شرح أدب القاضي، ج ٣ ص ١٣٧.

ومن أمثلة ذلك، حكم الحاكم فى المسألة السريجية، وهى أنه إذا قال شخص لزوجته، إن وقع عليك طلاقى، فأنت طالق قبله ثلاثا ثم طلقها بعد ذلك، فالأصح لزوم الثلاث له سواء طلقها ثلاثا أم أقل من ذلك، فإذا ماتت أو مات هو وحكم القاضى بالإرث لها أو منها نقض حكمه، لأنه على خلاف القواعد، إذ من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط، لأن حكمه إنما يظهر فيه، والشرط حين لا يصح اجتماعه مع مشروطه لا يصح أن يكون فى الشرع شرطاً، فلذلك ينقض حكم الحاكم فى المسألة السريجية(١).

بيد أن المالكية اشترطوا لذلك أن لا يكون للقواعد معارض شرعى راجح عليها، فإن كان لها معارض راجح فلا ينقض الحكم. إذا كان وفق ذلك المعارض الراجح، مثل القضاء بصحة عقد القراض والمساقاة والسلم والحوالة ونحوها، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والقياس، ولكن ورد فيها أدلة خاصة مقدمة على تلك القواعد والنصوص العامة والأقيسة، فإذا وقع الحكم القضائى على وفق تلك الأدلة الخاصة لم ينقض بل ينفذ(٢).

٥٠ — ويرى الشافعية أن الحكم القضائى ينقض إذا استند إلى اجتهاد مخالف لخبر الواحد الصحيح إذا كان هذا الاجتهاد لا يتأتى إلا بناء على تأويل بعيد لذلك الخبر بحيث ينبو الفهم عن قبوله. وقيل أنه لا ينقض ومثلوا له بقضاء الحنفى فى مسألة خيار المجلس بنفيه، وفى العرايا وزكاة الجنين، وقالوا أيضا: ينقض قضاء الحنفى فى مسألة القتل بالمثقل بعدم وجوب القصاص، وفى معظم مسائل الحدود والغصب. وقال الشافعى رحمه الله تعالى: (أنقض قضاء من حكم لزوجة المفقود أن تنكح بعد تربص أربع سنين، وإن كان ذلك مذهب عمر رضى الله عنه)(٣).

(١، ٢) الأحكام للقرافى ص ١٣١

(٣) أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٢٥، ١٢٧

وحين ننظر إلى رأى الشافعية : وما وقع فى مثله كثير من فقهاء المذاهب الأخرى حين قالوا بنقض الأحكام القضائية المخالفة لمذاهبهم : اعتقادا منهم بضعف اجتهاد مخالفيهم - نجد أنه يؤدى فى الحقيقة إلى توسيع دائرة نقض الأحكام القضائية ، وإضعاف مبدأ الحجية فى أحد مقتضياته وهو « نفاذ القضاء فى المسائل الاجتهادية » فى الوقت الذى ينبغى أن يحترم هذا المقتضى بغض النظر عن مدى اعتبار فقهاء المذاهب الاجتهادية لأدلة بعضهم بعضا ، لأن هذا المبدأ « نفاذ القضاء فى المجتهدات » قامت عليه الأدلة الشرعية التى من أهمها إجماع علماء الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، ولا يجوز مخالفته بحجة ضعف الأدلة مادام صاحب القول من أهل الاجتهاد .

والذى ينبغى النظر فيه بدقة وعمق ، هو فحص القضية المعروضة لمعرفة كونها من مسائل الاجتهاد أولا ، وذلك بالبحث عن النصوص الشرعية التى تناولتها ، فإن تبين أنها لم تتناولها ، أو تناولتها بصورة غير قطعية فى دلالتها أو كانت النصوص نفسها ظنية الثبوت فينبغى أن تعتبر مسألة اجتهادية ، وينبغى أن يحترم حكم القاضى فيها إذا كان ممن توفرت فيهم أهلية القضاء ، فلا ينقض حكمه بناء على ضعف دليله إذا كان الرأى الذى اعتمده القاضى يتفق مع أحد الاجتهادات السابقة . وإذا كانت القضية مستحدثة لم يسبق لها مثيل ولم يسبق فيها أى اجتهاد للفقهاء مع عدم تعلق أى دليل شرعى بها وكان القاضى ممن له القدرة على الاجتهاد بوجه من الوجوه ، فأى حكم يصدره فيها ينبغى أن يكون محترما وإن اعتبر ضعيف الحجة فى نظر مجتهدين آخرين(١) .

ويثور هنا سؤال حاصله : أن القاضى المجتهد إذا قضى فى حادثة لا يوجد فيها نص من الكتاب ولا من السنة ، وفيها أقوال للمجتهدين القدامى ولم يعتمد

---

(١) راجع الاحكام للقرافى ص ٧٨

القاضي في قضائه على أي من الأقوال السابقة، وإنما استحدث قولا جديداً أداه إليه اجتهاده، فهل ينفذ قضاؤه؟

يقول الصدر الشهيد «ثم القاضي إذا قضى في حادثة لا يوجد فيها نص من الكتاب ولا من الأخبار، ونقل فيها قول عن المتقدمين فهذا على وجهين: إما أنه نقل فيها قول عن المتقدمين أنهم كانوا على ذلك القول، لكن من غير إجماع، بأن لم يبلغ الباقين ثم إن واحداً من المتأخرين قال فيها قولا مخالفاً لقول المتقدمين، فقضى قاض بقول هذا المتأخر، نفذ قضاؤه، لأن الناس يتفاوتون في حدة الخاطر، فتصير المسألة مختلفة، فمتى قضى القاضي فيها بقول المتأخر فقد قضى في محل الاجتهاد والاختلاف فينفذ قضاؤه. وأما أن نقل فيها اختلاف بين المتقدمين على قولين، فقضى القاضي فيها بقول ثالث فهذا على وجهين: إما أن يكون ما قضى به خلاف علماء زمانه، أو يوافق قول علماء زمانه، ففي الوجه الأول لا ينفذ قضاؤه بالإجماع. وفي الوجه الثاني اختلفوا فيه: قال بعضهم ينفذ وقال بعضهم لا ينفذ وهذه مسألة أصولية وهي. أن أهل العصر إذا اجتمعوا على شيء وانقرضوا ثم خالفهم من بعدهم من العلماء. واتفقوا على قول خلاف ما اتفق عليه المتقدمون هل يعتبر هذا؟ منهم من قال يعتبر. ومنهم من قال لا يعتبر... ووجه البناء على هذه المسألة أن المتقدمين لما اختلفوا على هذين القولين وتناظروا فأتى كل واحد منهم بالدلائل والحجج فقد أجمعوا على أنه ليس ههنا ثالث فصار كما لو أجمعوا على قول واحد»(١).

ومفاد القول المتقدم أن المسألة الاجتهادية في أصلها تغدو - فيما سبق - مسألة اجماعية إذا تحددت فيها الأقوال السابقة وثبت تلاقى أصحابها وتناظرهم حولها وخروجهم بتلك الأقوال المحددة. أما إذا لم يثبت تلاقيهم ولا تناظرهم

---

(١) راجع شرح أدب القاضي ج ٣ ص ١٤٠، ص ١٤١.

فإن ذلك لا يدل على إجماعهم على انحصار حكم المسألة فى الأقوال التى قيلت فيها ، بل هى قابلة لأقوال جديدة إذا صدرت من أهلها القادرين على الاجتهاد .

٥١ — ليس هناك خلاف فى أن القاضى المجتهد يحكم بما يؤدى إليه اجتهاده فى المسائل الاجتهادية بعد أن يشاور المجتهدين من أهل بلده ، وإنما تكون مشاورته ليكون رأيا لنفسه ، ويزداد إقتناعا به ، ولا يجب عليه اتباع من يشاورهم : فإن اتفقوا على شىء وكان رأيه كرأيهم فصل الحكم بما اتفقوا عليه ، وأن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال من الحق حسب اجتهاده ، ولا ينظر إلى السن ولا إلى الكثرة .

أما إذا كان رأيه مخالفا لما ذهب إليه فقهاء بلده ، فيجب عليه أن يقضى برأى نفسه ، لأنه يعتقد أن رأيه هو حكم الله فى القضية ، ولا يجوز له أن يخالف ما يعتقده ، فإذا قضى برأى غيره وهو يعلم رأى نفسه ، فقد قال أبو حنيفة : ينفذ قضاؤه ولا ينقض ، وقال الصاحبان : ينقض قضاؤه .

وذكر فى الفتاوى الهندية ، أن المفتى به فى زمانه قول الصاحبين ، لأن التارك المذهبه عمدا لا يفعل ذلك إلا لهوى باطل ، لا لقصد جميل(١) .

بيد أنه ينبغى أن لا يتوجه مثل هذا الاتهام إلى القاضى المجتهد ، فما دام قادرا على الاجتهاد وخالف ما هو معروف من اجتهاده فينبغى أن يصح ذلك منه وينفذ ، وأن يحمل على أنه كرر الاجتهاد فأداه اجتهاده الآخر إلى مذهب غيره(٢) .

---

(١) راجع تاريخ القضاء فى الاسلام ، لمحمود عرنوس ص ١٤٨ ، المطبعة المصرية عام ١٩٣٤م . القضاء فى الاسلام لابراهيم عوض ص ١٣٨ .

(٢) تاريخ القضاء فى الاسلام ، للمرجع السابق ، ص ١٤٩ .

وإذا كان الأصل فى المجتهد أن يتبع اجتهاده فيما يطبقه على نفسه من الأحكام وفيما يحكم به بين الناس ، فإن مايتفق مع هذا الأصل هو أن لا يقيد القاضى ، إذا كان مجتهدا ، إلا بالنص والإجماع وما فى معناهما من قياس جلى أو قاعدة شرعية متفق عليها . ولعل مانقل عن الصاحبين مقصود به ، أن يحكم القاضى المجتهد برأيى ، ويصرح أنه خالف مايعتقده حقا حسب اجتهاده الخاص به ، فهذا يحرم عليه ذلك ، لأن الإنسان مكلف بتطبيق حكم الله عز وجل لقوله تعالى « إن الحكم إلا لله »(١) وقوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ... »(٢) .

وحكم الله فى حق المجتهد هو مايؤديه إليه اجتهاده ، فإن تبين له الأمر فى القضية وكون لنفسه اجتهادا فيها ، وعدل عنه من غير مبرر ، فينبغى أن لا يصح ذلك منه وأن ينقض حكمه . أما إذا كان المجتهد معروفا برأى فى قضية ، فحكم بخلافها فى حادثة ، واتبع مذهبا مخالفا لما عرف عنه ، فيحمل ذلك على تغير اجتهاده ولا يتهم ، بل الواجب عليه هو العمل بما أداه إليه اجتهاده ثانيا وترك ما كان عليه اجتهاده أولا(٣) .

هذا بالنسبة للمجتهد ، أما المقلد ، فقد ميز جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بين صنفين فى المقلدين : المقلد المحض ، وهو الذى لا يقدر على الترجيح ، والمقلد الذى يتمكن من ترجيح الأقوال المختلفة فى المذهب الواحد .

فبالنسبة للصنف الأول يرى جمهور الفقهاء أنه لا يجوز لهم أن يحكموا فى الخصومات التى تعرض عليهم إلا بمعتمد المذهب ويتمثل فى الأقوال المفتى بها فيه ، ولا ينفذ حكمه بالأقوال الضعيفة وغير المفتى بها لأنه لا يستطيع الترجيح .

---

(١) الآية رقم ٤٠ من سورة يوسف .

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة .

(٣) راجع المستصفى للغزالى ج ٢ ص ١٢١ .

وأما الصنف الثاني ، فله أن يقضي إما بقول الإمام أو بقول أحد أصحابه ، وله أن يرجح بين الأقوال المختلفة في المذهب الواحد ويقضي بها .

وبناء على هذا التمييز المتقدم ، يرى الجمهور أن المقلد لا ينفذ قضاؤه إذا حكم بغير مذهبه ويعللون ذلك بأنه لا يعدل عن مذهب إمامه إلا لهوى في نفسه فيكون متهما ولا يصح قضاؤه(١) .

اتضح مما تقدم ، ما ارتآه جمهور الفقهاء في مختلف المذاهب بالنسبة لحكم القاضي المقلد بغير مذهب إمامه ، وأنه مستحق للنقض غير نافذ . غير أنه ليس من حجة لهم سوى ما قيل من أن خروج القاضي على مذهب إمامه قد يورث التهمة عليه ، وأنه لم يفعل ذلك إلا بدافع غير نبيل ، وأن القاضي يجب أن يحكم بما يعتقد أنه حق ، وأن كل قاض مقلد يعتقد أحقية مذهب إمامه في الحادثة المعروضة ، فهو الواجب تطبيقه عليها .

أيضاً ليس هناك دليل شرعي على ما ذهب إليه الجمهور لا من الكتاب ولا من السنة ولا من ممارسات الصحابة رضوان الله عليهم ، بل إن انتماء المسلمين إلى مذاهب فقهية يعتبر من الناحية العملية أمراً حادثا بعد مضي أكثر من ثلاثة قرون على هجرة الرسول صلى الله عليه وسلم(٢) . أيضاً من الناحية النظرية لا يوجد من أدلة الشرع ما يقتضي ويتطلب هذا الانتماء(٣) .

ويبدو أن الذين ألزموا القاضي بعدم الخروج عن مذهبه ، إنما اعتبروا ذلك من السياسة التي لا تصلح أمور الناس إلا بها في وقت من الأوقات(٤) .

---

(١) القضاء في الإسلام لإبراهيم عوض ص٢٣٧ . تاريخ القضاء في الاسلام لمحمود عرنوص ص ١٤٩

(٢) انظر تاريخ القضاء في الاسلام المرجع السابق ص ٨١

(٣) انظر أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها .

(٤) راجع تاريخ القضاء في الاسلام للشيخ محمود بن عرنوس ص ٩٥ ، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٨٥

ويعضد هذا ما أشار إليه الإمام الغزالى ، وكذلك ابن القيم الجوزية، من أن الأصول الشرعية تقتضى أن لا ينقض حكم القاضى المتبع إذا خرج عن مذهب إمامه إلى مذهب غيره ، لأنه يكون قد حكم فى مسألة اجتهادية بما يحتملها وقد تقدم أن الحكم فى المجتهدات بأحد أقوال المجتهدين نافذ لا ينقض(١).

وعموما إذا كان ذلك الاتجاه السائد ليس له من دليل سوى مقتضيات السياسة الشرعية فإن الأحوال إذا تغيرت بحيث يصير من الواجب تغيير تلك السياسة لصلاح الناس ، أو اكتشفت أساليب أخرى تحقق صلاحهم ، فلا ريب أن روح الشريعة الغراء لا تلزم المسلمين بالبقاء على أساليب لم يبق لهم مبرر موجود كما كان .

وإذا كان السبب فى منع القاضى من القضاء بغير مذهبه هو سد الطريق عليه ، حتى لا يحيد عن مذهبه المعروف محاباة أو معاداة لأحد الخصوم ، فإن هذا المبرر لا يكون له أى وجود إذا ما تم الزام القضاة جميعهم بقانون إسلامى مستنبط من قبل المجتهدين واتفق عليه جمهورهم فى فترة زمنية محددة ، لأن خروج القاضى عن مذهبه إلى مذاهب وأقوال كثيرة ومتعددة ، كان فيها المتشدد والمتساهل والمعتدل وبامكانه، والحالة هذه ، أن يختار من تلك الأقوال ما يوافق هواه فيكون موضع تهمة فى خروجه عن المعتمد فى المذهب الذى ينتمى إليه .

غير أنه إذا حددت للقاضى الأحكام التى يسير عليها . وقام بهذا التحديد مجتهدو الأمة فى عصر من العصور . لم يكن القاضى محل تهمة إذا خرج عن مذهبه إلى القانون المرتضى الذى أجازه كبار مجتهدى الأمة .

٥٢ — (هـ) أخيراً يتعلق بهذا الموضوع . معرفة حكم تقييد القاضى بقانون

(١) انظر المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ١٢١

مأخوذ من الفقه الإسلامى . ومدى حجية الأحكام القضائية الصادرة بناء على هذا القانون .

لجمهور فقهاء الشريعة الإسلامية . لا يجيز تقييد القاضى بمذهب معين معين يحكم فيه بين المتنازعين . وذلك لما تقدم من قولهم : إن المجتهد ملزم بتطبيق ما يؤديه إليه اجتهاده فى المسائل الاجتهادية . والمقلد ملزم بمذهب إمامه . فقد نصوا بصورة مباشرة على هذه النتيجة الحتمية للأصلين السابقين . وقرروا أن الإمام ليس له أن يشترط على القاضى أن يحكم بمذهب معين . سواء كان القاضى مجتهدا أم مقلدا . وفى أثر هذا الاشتراط تتراوح أقوالهم بين إبطال الشرط وبين عدم إبطاله(١) .

وعلى الرغم من هذا فقد وجد - فى الواقع - من علماء المذاهب التى اتجهت ذلك الاتجاه ، من خالفه وأجاز تقييد القاضى بمذهب معين إذا كثر الخلاف والتعصب وفسد الزمان ، وخيف من ركوب الهوى ، واختلاف الأحكام .

فهذا هو القاضى الشافعى ابن أبى الدم يروى عن قاضى القضاة الدامغانى أنه سئل عما إذا ولى القاضى الحنفى نائبا شافعيا وشرط عليه ألا يحكم إلا بمذهب أبى حنيفة ، هل يصح ؟ فقال نعم فإن قاضى القضاة أبا حازم ولى أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد على ألا يقضى إلا بمذهب أبى حنيفة فالتزمه(٢) .

وهذا ابن فرحون المالكى ينقل عن القاضى أبى الوليد الباجى ، أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء ، شرطوا عليه فى سجله ألا يخرج عن قول

---

(١) راجع ادب القاضى الماوردى ج ٢ ص ١٨٧ - والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٦ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٢ ، ٢٣ - ادب القضاء لابن ابى الدم ص ٤٩ - الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١١٦ ، ١١٧ - تاريخ القضاء فى الاسلام لمحمود بن عرنوس ص ٩٣ .

(٢) راجع أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٥٢ .

ابن القاسم ما وجده ، ثم أورد ابن فرحون انتقاد الشيخ أبي بكر الطرطوشي لهذا الصنيع ووصمه أياه بالجهل ورد عليه بأن الزمان الذى صار إليه الناس ، وقلة العلماء المجتهدين ، يقتضي أن يقيد المقلدون حتى لا تضطرب الأحكام ، ويضيق صدر الناس بالاختلاف فى القضايا من النوع الواحد ، ووجه ابن فرحون كلام الشيخ الطرطوشي بأن زمانه كان ثريا وغنيا بالمجتهد من العلماء ، أمثال ابن عبد البر والباجى وابن رشد وابن العربى والقاضى عياض وغيرهم ، ثم أورد ابن فرحون شبيها لما ذكر الباجى ، حدث فى عهد سحنون - من علماء المالكية القدامى - إذ ولى سحنون رجلا القضاء وكان هذا الرجل ممن سمع كلام أهل العراق ، فشرط عليه سحنون إلا يقضى إلا بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك(١) .

كذلك فى بلاد المغرب ، حين رأى الأمير يوسف بن عبد المؤمن ، أمير تلك البلاد ، فى أواخر القرن السادس وأوائل القرن السابع الهجرى ، كثرة الخلاف بين الفقهاء وما نشأ عن ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقهاء ، وأن الفقهاء لا يفتون إلا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ؛ ولا يقلدون أحدا ، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدى إليه اجتهادهم فى الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

غير أن ذلك لم يدم طويلا ، وعاد الحال كما كان بعـــد وفاة ذلك الأمير(٢) .

ونظرة فاحصة ممعنة فى هذه الأخبار وغيرها ، نجد أنها تدل على أن المنع من توحيد القانون الإسلامى الذى يحكم به القضاة بين الناس ، ويفصلون به خصوماتهم لم يكن أمرا مجمعا عليه بحيث لا يخرم ، وإنما كان أمرا اجتهاديا يخضع

---

(١) أنظر تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٢) أنظر تاريخ القضاء فى الاسلام ، لمحمود بن عرنوس ص ٨٥ .

للترجيح بالمرجحات ، ومن أهمها فى هذا المجال مصلحة العباد ودفع الاختلاف عنهم والفساد .

وما من شك فى أن الزمان الذى تفسد قلوب أهله ، ويشح فيه العلم ، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه فى استنباط الأحكام ، هو أولى الأزمنة فى أخذ الناس بقانون واحد يجمعه أكابر علماء الأمة فى فترة من الفترات ، فيتخيرون من اجتهادات الأئمة السابقين ، الأرجح فى تقديرهم ، والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة .

هذا فى المسائل التى يمكن أن يتطرق إليها الاجتهاد ، أما تلك التى تناولتها النصوص القاطعة والإجماع المعتبر ، فلا ينبغى فيها اتباع رأى أحد من الناس ، وإنما ينص عليها كما وردت . وحينئذ يجب على القضـــاة أن يلتزموا بما يتفق عليه علماء الأمة أو يتفق عليه أكثريتهم ، وتكون الحجية بمقتضياتها السابقة ، لكل حكم لا يخالف القانون المرتضى . وأما تلك الأحكام التى تخالف ذلك القانون فلا ينبغى أن يكون لها حجية وأن استندت إلى أحد آراء الفقهاء السابقين ، مادام هذا الرأى مستبعدا من القانون الموحد .

وقد يثور سؤال حاصله : هل معنى ذلك أن يجعل هذا القانون كالنصوص والإجماع والقياس الجلى بحيث لا تصح مخالفته من القضاة الموجودين عند صدوره واللاحقين ؟؟

ويجاب عن هذا التساؤل بأن قوة الإلزام فى هذا القانون الذى يأمر به ولى الأمر المسلم ، إنما تستمد من قاعدة أخرى هى وجوب طاعة الإمام فيما يأمر به مما ليس بمعصية . وللإمام أن يقيد المباح أو يوجب العمل به على شخص أو جماعة ، وله كذلك أن يعين بعض الأفراد ليتحملوا القيام بفرض الكفاية ، ويصبح الأمر عليهم فرض عين ، وليس لأحد أن يعتذر عن الأمر بأنه مباح أو فرض كفاية . غير أن هذا الإلزام الذى يكتسبه هذا القانون يختلف إختلافا

جوهريا عن الإلزام فى النصوص والإجماع ، فهو إلزام مؤقت قابل لأن يعود كليا أو جزئيا إلى عدم الإلزام، والإمام المسلم مع مجلس الشورى الذى يتكون من علماء الأمة أن يجددوا الاجتهاد بين حين وآخر ليتخيروا من الاجتهادات الفقهية ما هو أنفع للأمة وأكثر مناسبة للظروف والمستجدات وعندئذ يصبح الاجتهاد الجديد ملزما .

والقاضى المسلم يستمد ولايته من تولية الإمام ، وأقواله وأفعاله من غير هذه التولية لا الزام لها، بل هى مجرد فتاوى ، للناس أن يأخذوا بها أو يتركوها ويأخذوا بغيرها من فتاوى المجتهدين . وكما أن للإمام أن يقيد قائد جيشه بإتباع مذهب معين أو بأوامر معينة يلتزم بها أثناء الجهاد ، فكذلك له أن يقيد قاضيه برأى اجتهادى معين يرى رجحانه بناء على مشورة العلماء ، ولو أن الإمام أمر قائد جيشه بعدم إقامة الحدود فى الغزو أخذا بمذهب أبى حنيفة وابن حنبل فى ذلك ، لكان الواجب على القائد أن يطيع ، وإن كان مالكيا أو شافعيا ، ولم يقل أحد من الفقهاء ببطلان تولية القائد الذى يشترط عليه مثل هذا الشرط ، والقاضى لا يختلف عن القائد من حيث إكتساب الولاية من تولية الإمام ، ولا ينبغى أن يكون بينهما فرق فى ذلك .

٥٣ — وفى النهاية يتضح أنه بالرغم من إتفاق الفقهاء على نفاذ القضاء فى المجتهدات ، إلا أن فقهاء الأحناف فرقوا بين نوعين من المجتهدات من حيث نفاذ القضاء فيها : المجتهدات الواقعة فى سبب القضاء ، والمجتهدات الواقعة فى ذات القضاء .

أما النوع الأول فلا خلاف على نفاذه وإكتسابه الحجية القضائية على إمضاء قاض آخر ، فلو قضى قاض شافعى مثلا بشهادة محدودين فى قذف تابوا من معصيتهم(١) ، فإنه ينفذ ، وإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه ، كأن يكون

---

(١) أما إذا كان الشهود محدودين فى قذف ولم يتوبوا من معصيتهم، فإن الحكم =

هذا القاضى حنفى المذهب ، فإنه يجب عليه إحترامه وإمضاؤه وليس له أن يبطله ، وإن كان الحنفية لا يرون توبة القاذف فى حق الشهادة وتولى المناصب الشرعية ، لأن القاضى الأول قضى فى مجتهد فيه ، وهو سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تعتبر حجة للحكم أو لا ؟ فالخلاف فى سبب الحكم وليس فى الحكم نفسه فينفذ .

ومثال ذلك أيضا أن يقضى شافعى ببطلان نكاح جرى بدون ولى ثم يرفع إلى قاض حنفى ، فإنه ينفذ هذا القضاء ولا ينقضه ، لأن الاجتهاد واقع فى المسألة المعروضة على القضاء وليس فى القضاء نفسه فينفذ الحكم الصادر فيها ولا يتوقف على إمضاء قاض آخر(١) .

أما إذا كان الحكم نفسه مجتهدا فيه فقد جاءت وجهة نظر فقهاء الحنفية فى إكتسابه الحجية القضائية ونفاذه بمجرد صدوره على قولين :

القول الأول ، أن هذا القضاء نافذ ولا يتوقف على إمضاء قاض آخر .

والقول الثانى أن هذا القضاء لا يكتسب حجية إلا أن يرفع إلى قاض آخر فيمضيه ، فإذا أمضاه أو نقضه فإن الحكم الثانى يكتسب حجية بحيث لا يجوز لأحد نقضه بعد ذلك .

ومن الأمثلة التى وردت فى هذا النوع من القضاء ، أن يكون القاضى الذى أصدر الحكم محدودا فى قذف وتاب من معصية(٢) أو يكون فاسقا ولم يتب ،

= بناء على شهادتهم لا يصح باتفاق الفقهاء فيكون القضاء هنا فى امر غير مجتهد فيه ويبطله القاضى الثانى .

(١) راجع شرح ادب القاضى جـ ٣ ص ١١١/١١٠ ، الأصول القضائية لعلى قراعة ص ٣٠٤ ، القضاء فى الاسلام لابراهيم عوض ص ٢٤١ .

(٢) اما إذا صدر القضاء قبل توبته فلا خلاف فى بطلانه ووجوب نقضه لأن المحدود =

فإن القضاء اختلفوا فى صحة قضاء المحدود فى القذف إذا كان ذلك بعد توبته ، وبها قال جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية الذين لايرون ذلك فكان القضاء نفسه مختلفا فيه ، فإذا لم يعرض على قاض آخر فى حادثة وخصومة صحيحة ، ينفذ ، ولكن إذا عرض على قاض آخر ، كان لهذا القاضى أن ينقض الحكم الأول أو يمضيه ، وفى كلتا الحالتين يكون القضاء الثانى مكتسبا للحجية القضائية بحيث لايجوز لقاضى ثالث ترفع إليه القضية مرة ثالثة أن ينقضه(١) .

والواقع أن ما ذهب إليه الحنفية يمكن توجيهه ، بأن القاضى المختلف فى صحة قضائه ، عندما يقضى فى قضية غير مجتهد فيها لا يكون قضاء فى محل اجتهاد وإنما هو ، فى الواقع ، قضاء مختلف فى صحته فى محل غير مجتهد فيه ، بمعنى أن هذا القاضى حين ينطق بالحكم ، يحدث أمرا مجتهدا فيه لم يكن موجودا قبل نطقه فيحتاج إلى قضاء جديد فيه ليكتسب الحجية .

وعلى ضوء ذلك يتضح أن الحنفية نظروا إلى المسألة من الناحية المنطقية ، وليس فيها أدلة شرعية من نص أو إجماع ، ولكنها دقة فى تطبيق قاعدة نفاذ القضاء فى المجتهدات .

وبعد بيان وجهة نظر كل من القانون والشريعة فى الحدود والقيود المتعلقة بالحكم ذاته يتبين مدى الاختلاف بينهما من حيث النظام التشريعى المطبق ، فبينما كان الناس خاضعين لأصول موحدة للأحكام هى الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد وكانت المصادر الثلاثة الأولى مشتملة على أحكام محددة قطعية لاخلاف فيها ، وليس لأحد أن يخالفها مهما كان ، وأحكام أخرى يختلف فيها النظر الاجتهادى ويتباين بحيث لا يتحدد شىء منها على سبيل الإلزام ، وإنما جاء

= فى القذف قبل توبته لا يصلح لتولى القضاء بالاجماع . راجع شرح ادب القاضى ج ٣ ص ١١١/١١٢ .

(١) الاصول القضائية لعلى قراعة ص ٣٠٤ ، شرح ادب القاضى ج٣ ص ١١٠/١١١

ذلك ـ تطبيقا على الواقعة المطلوب القضاء فيها ـ بناء على مرجحات معترف بها ، نجد أن النظم الوضعية قد صاغت الأحكام فى مواد قانونية محددة يلتزم بتطبيقها القضاة على الوقائع المعروضة . على أن شيئا فى هذه النظم يقترب فى طبيعته إلى ما كان يحدث بين فقهاء الشريعة على نطاق أضيق ، وهو الاختلاف فى تفسير المادة القانونية المراد تطبيقها على الواقعة .

أيضا هناك محل للاختلاف بين النظامين الإسلامى والقانونى ، يتعلق باختصاص محكمة النقض التى تنحصر وظيفتها ـ فى ظل النظم الوضعية ـ فى الموافقة أو عدمها بخصوص تطبيق قاض الموضوع للقانون ، وليس من مهمتها بعد نقض الحكم نظر الموضوع وإصدار حكم جديد بدلا من الحكم المنقوض غير أن القاضى الذى يرفع إليه حكم مخالف للقرآن أو السنة أو الإجماع ينقض هذا الحكم ويفصل فى القضية بما يتفق وكتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

ومع أن قرارات محكمة النقض تنحصر قيمتها من الناحية النظرية ، فى الحوادث الخاصة التى ترفع إليها ، إلا أن هذه القرارات من الناحية الواقعية تقترب من القواعد القانونية نظرا لما لهذه المحاكم فى التنظيمات الوضعية من هيمنة كاملة على جميع المحاكم . مما يحدو بكل محكمة أن تلتزم بالتفسيرات المعروفة لمحكمة النقض خوفا على أحكامها من الإبطال(١) .

وبناء على ذلك تغدو المحاكم كلها فى ظل التشريعات الوضعية ، محكوم باجتهادات محكمة النقض وتفسيراتها للقانون ، وكل حكم يصدر عنها بناء على

---

(١) أنظر د . محمد حامد فهمى ، المرافعات المدنية ص ٧١٦/٧٢٠ ، د. فتحى والى مبادىء قانون القضاء المدنى ص ٦٣٢ / ٦٣٥ .

تفسير للقانون مغاير لاتجاه تلك المحكمة يكون مهددا بالنقض والإبطال إذا ما طلب الخصم صاحب الشأن ذلك من محكمة النقض .

أما الحال فى شريعة الإسلام فمختلف ، إذ لا يعترف الفقهاء المسلمون لأى اجتهاد معين بالهيمنة على بقية الاجتهادات مهما كان صاحب هذا الاجتهاد ، بدليل ما تقدم من خلافهم حول إعطاء مثل هذا الحق لولى الأمر ، وإنما كلمتهم مجتمعة على أن الحكم القضائى الذى يعطى للاجتهاد المنتخب للتطبيق على الحادثة ، الرجحان والقوة على بقية الاجتهادات بالنسبة للنزاع المعروض .

وبعد هذه الموازنة نكرر ترجيحنا المتقدم لما ذهب إليه بعض العلماء من جواز توحيد القانون الإسلامى الذى يطبقه القضاة على الخصومات والوقائع المعروضة عليهم ، ومن هذا المنطلق نفسه يمكن القول بجواز تقييد القضاة بتفسير معين للقانون المطبق عليهم ، وحينئذ تكون الأحكام القضائية غير المتفقة مع ذلك القانون وذلك التفسير ، مهدرة الحجية .

ومما لا ريب فيه أن الناس حين يأخذون بأحكام واحدة ، يكون هذا أقرب إلى العدل بينهم ، من أن يأخذوا باجتهادات مختلفة تؤدى إلى نتائج قضائية مختلفة فى الحوادث المتشابهة .

المطلب السادس

الحدود والقيود المتعلقة بطرق الإثبات

٥٤ — القاعدة العامة : رأينا ، فيما مضى ، كيف أن القاعدة فى الأنظمة الوضعية هى عدم جواز إعادة النظر فى الدعوى التى سبق الفصل فيها بحكم قضائى ومناقشة ما فصل فيه . والمقصود بذلك هو منع إعادة النظر فى المسألة التى صدر فيها الحكم القضائى الحائز لحجيته بدعوى مبتدأة ، وذلك إذا اتحد الموضوع والسبب والخصوم فى الدعويين(١) . ولكن ذلك لايمنع من إعادة نظر ماسبق أن فصل فيه بحكم قضائى ، وذلك عن طريق الطعن فى هـذا الحكم بالطرق المناسبة ، إذا كان الطعن فيها جائزا بطبيعة الحال ، وتكون لمحكمة الطعن أن تعيد النظر فى الدعوى وتقضى فيها من جديد بناء على ظهور بينات جديدة ، أى طرق إثبات جديدة لم يسبق إثارتها أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . وهذا يختلف بطبيعة الحال باختلاف طرق الطعن ، وذلك على التفصيل الآتى :

٥٥ — (أ) الطعن بالاستئناف : وهو طريق يتحقق به مبدأ التقاضى على درجتين ، ذلك المبدأ السائد فى الأنظمة الوضعية ، إذ به ترفع الدعوى التى فصل فيها بحكم سابق من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية وهى محكمة الاستئناف ، لتفصل فيها من جديد بحكم يقوم بديلا عن الحكم الأول المطعون فيه ، وتكون لمحكمة الاستئناف نفس السلطة التى كانت لمحكمة الدرجة الأولى فى حدود ما رفع عنه الاستئناف ، وما تكون محكمة الدرجة الأولى قـد فصلت فيه . ومن ثم لايجوز إبداء طلبات جديدة

---

(١) أنظر د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ، ج ٢ ص ٢٦٨ ، د . أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ج ٢ ص ٢٠٥ .

لم تثر فى خصومة الدرجة الأولى أمام محكمة الاستئناف (م ٢٣٥ مرافعات مصرى) وعلى محكمة الاستئناف أن تتنصل من تلقاء نفسها بعدم قبول هذه الطلبات الجديدة . ولكن على هذه المحكمة أن تنظر فى الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة(١) . وعلى ذلك يجوز لمحكمة الاستئناف أن تلغى الحكم الابتدائى اعتمادا على أدلة جديدة أثارها المحكوم عليه، ولو لم يكن قد سبق له أن ابداها أمام المحكمة الأولى .

٦٠ — (ب) الطعن بالتماس إعادة النظر : تجيز الأنظمة الوضعية المحكمة ذاتها التى أصدرت الحكم أن تعيد النظر فيه ، بناء على طعن يرفع إليها من صاحب المصلحة بالإجراءات النظامية ، أن تعيد النظر فى القضية ، إذا ما تحقق سبب من الأسباب التى تحددها الأنظمة ، ومن هذه الأسباب ما يعود إلى طرو تغير على أدلة الإثبات . من ذلك أن يقع من المحكوم له أو نائبه غش انبنى عليه الحكم دون أن يعلم الخصم الآخر به(٢) . وكذلك إذا بنى الحكم على أوراق ثبت بعد صدور الحكم ، بإقرار أو بحكم قضائى بأنها مزورة . وكذلك إذا بنى الحكم الملتمس فيه على شهادة ثبت بعد صدور الحكم أنها مزورة ، أو ظهور أوراق جديدة قاطعة فى الدعوى كان الخصم المحكوم له قد احتجزها

---

(١) د. وجدى راغب ، مبادىء القضاء المدنى ، ص ٦٤٤ وما بعدها . د. محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى ، ج ٢ ص ٢٦١ وما بعدها ، د. فتحى والى ، مبادىء قانون القضاء المدنى ص ٥٩٩ / ٦٠٠ .

(٢) وفى ذلك تقرر محكمة النقض أن المقرر فى قضائها أن الغش الذى يبنى عليه الالتماس بالمعنى الذى تقصده المادة ١/٢٤١ من قانون المرافعات هو الذى يقع ممن حكم لصالحه فى الدعوى بناء عليه ، ولم يتح للمحكمة أن تتحرز عند أخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه وتنويرها فى حقيقة شأنه لجهله به وخفاء أمره عليه بحيث يستحيل كشفه . نقض جلسة ١١ /٣ /١٩٨٢ فى الطعن ٢٤٨ لسنة ٤٨ ق المحاماه س ٦٤ ، عددى ١ ، ٢ ص ١١٢ رقم ٢٦ .

أو حال دون تقديمها ولم يكن المحكوم عليه عالما بها قبل صدور الحكم(١) .

فإذا وجدت هذه الأسباب أو بعضها كان على المحكمة نفسها التى أصدرت الحكم أن تعيد النظر فى القضية وتصدر حكما فيها بناء على الوقائع الجديدة وهى أسباب تصلح جميعها من الناحية الشرعية أن تكون دواعى لإعادة النظر فى القضية ، ونقض الأحكام السابقة ، إذ أن الحكم القضائى فى تلك الحالات يتبين أنه قد ابتنى على أسباب ثبت بطلانها بما جد من الوقائع وهو ما يقتضى نقضه وإبطاله .

٥٧ — الطعن بالمعارضة : كثيرا من التشريعات الوضعية تعطى الحق للمحكوم عليه الغائب فى أن يطعن فى الحكم الغيابى فى فترة محددة ، وهذا الطريق من طرق الطعن يسمى بالمعارضة(٢) .

ومع ذلك ، فإن بعض التشريعات الوضعية الحديثة لم تأخذ بنظام المعارضة طريقا للطعن فى الأحكام ، بل اتخذت ترتيبات أخرى تتعلق بغياب الخصوم وحضورهم على نحو لا يصدر معه أى حكم غيابى ، مثل القانون الكويتى والقانون الليبى والقانون المصرى بالنسبة للمسائل المدنية . والواقع أن هذه الوجهة الوضعية الحديثة تقترب مما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز الحكم على الغائب مع الاحتفاظ له بحق الطعن فى الحكم الصادر عليه ، بينما يرى فريق منهم عدم جواز الحكم على الغائب إلا لضرورة(٣) .

---

(١) د . فتحى والى ، مبادىء قانون القضاء المدنى ، الاشارة السابقة ، د. وجدى راغب ، مبادىء القضاء المدنى ، ص ٦٥٢ وما بعدها ، د. محمود هاشم ، إجراءات التقاضى والتنفيذ ص ١٧٩ .

(٢) د . رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات ص ٨١٣ ، د. ضياء شيت خطاب الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ص ٢٩٢ .

(٣) راجع نظرية الدعوى ، د . محمد نعيم ياسين — القسم الثانى ص ٩٦/١٣٨ .

غير أنه من الملاحظ بالنسبة للأحكام الصادرة بناء على يمين حاسمة حلفها المدعى عليه ، أن القوانين الوضعية قد اتخذت مسلكا مخالفا لما ذهب إليه معظم فقهاء الشريعة الإسلامية ، حيث قررت هذه التشريعات ، أنه لا سبيل إلى نقض الحكم إذا حصل الحلف فعلا ، بل ينتهى الأمر وينحسم النزاع نهائيا . وليس لمن وجه اليمين أو ردها على موجهها أن يعود إلى مخاصمة الحالف بأى شكل آخر استنادا إلى أى دليل .

وبناء على ذلك لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين ، بل قالوا لو رفعت النيابة العامة الدعوى الجنائية على الحالف بتهمة الحلف كذبا ، فإن من وجه اليمين لا يستطيع أن يدخل فى الدعوى العمومية بصفته مدعيا مدنيا ليطالب بتعويضات(١) .

ووجهة نظر القانونيين فى هذا المسلك ، أن الخصم الذى يوجه لخصمه اليمين الحاسمة(٢) ، يعتبر متنازلا عن حقوقه ، إذا حلف خصمه اليمين ، سواء كان صادقا أم كاذبا .

وأثر اليمين يترتب على الحلف مباشرة قبل صدور الحكم القضائى ، فإذا صدر حكم مدنى مبنى على يمين حاسمة كان نهائيا لا يصح الطعن فيه بأى وجه ،

---

(١) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ج ٢ ص ٩٧ ، ٩٩ . د/ محمود هاشم ، نظام الإثبات بين الشريعة والقانون - جامعة الملك سعود ، ١٩٧٤ - مذكرات ص ٢٢٤/٢٢٥

(٢) اليمين القضائية نوعان : حاسمة ومتممة ، والأولى هى التى يوجهها الخصم إلى خصمه عند العجز عن إثبات حقه حسما للنزاع وإنهاء له ، والثانية هى التى يكون للقاضى أن يوجهها لأحد الخصمين تتميما للأدلة المقدمة إليه ، انظر . أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ج ٢ ص ٦٩ ، د/ محمود هاشم ، نظام الإثبات ص ٢٢٧ وما بعدها .

لا بطريق الاستئناف ولا بطريق الالتماس لأنه حاسم للنزاع نهائيا إذ أن توجيه اليمين يفيد التنازل عما عداها من أوجه الإثبات(١).

٥٨ — فإذا ولينا الوجه شطر الشريعة الإسلامية، وجدنا كما تقدم، أن ما يظهر من شبهات حول البينات التي بنى عليها الحكم، لا يؤثر في حجيته؛ وكذلك ظهور بينات جديدة إذا لم يكشف هذا الظهور عن وقوع القاضي في خطأ في الحكم الذي صدر عنه.

غير أن هذا المقتضى ترد عليه عدة استثناءات يرجع بعضها إلى خطورة الأمر المحكوم به، مما يقتضي سقوط الحكم بالشبهة أو يقتضي النظر في البينات الجديدة وبعضها يرجع إلى ظهور بطلان البينات التي اعتمد عليها القاضي في حكمه، مما يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي لبطلان سببه، والبعض الثالث يرجع إلى قبول عذر المحكوم عليه في عدم ذكر حجته قبل الحكم وإعطائه الفرصة في ذكرها بعده، ومن ثم تندرج تحت هذه الأصول عدة حالات وصور ينظر فيها إلى البينات الحادثة بعد الحكم، وينقض فيها الحكم بناء على ظهور حجج أقوى مما اعتمد عليه القاضي قبل ذلك ومن هذه الحالات والصور ما يلي:

٥٩ — (١) إذا كان الحكم القضائي صادراً بناء على إقرار، فإن رجوع المقر عن إقراره يعتبر شبهة مؤثرة في الحكم إذا كان في حد أو قصاص، كما لو رجع المقر بالزنا أو بشرب الخمر أو بالسرقة عن إقراره بعد صدور الحكم عليه، فينقض الحكم بناء على هذا الرجوع، ولا يجلد صاحبه أو يقطع، بل إن الحكم ينقض، وإن بدىء بتنفيذ الحد على الجاني، إذا رجع المقر صراحة بالقول أو ضمنا، كما لو هرب أثناء الجلد أو الرجم(٢).

---

(١) انظر د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي ص ٦٥، الناشر: منشأة المعارف/إسكندرية ١٩٧٤م

(٢) راجع الكناوي، أسهل المدارك ج ٣ ص ١٦٨ الطبعة الثالثة — عيسى الحلبي وكذا حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠

وقد استثنيت الحدود من القاعدة العامية المقتضية عدم جواز نقض الأحكام بما يطرأ من شبهات حول البينات، لأنها عقوبات جسيمة تشدد الشارع في إثبات موجباتها ، ووردت النصوص الشرعية فى وجوب درئها بالشبهات مثل قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : « ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة »(١) .

٦٠ — (٢) بالنسبة لمسائل الدم والوقف والرق والنسب والزوجية ، يرى فقهاء المالكية أن للمحكوم عليه أن يقدم بينته متى وجدها ، وإن كان ذلك بعد الحكم عليه ، إذا كان المحكوم به إبطال الدم أو بقاء الرق أو عدم النسب أو بقاء الزوجية بناء على عجز المدعى عن إثبات دعواه .

فمثال الدم ، أن يدعى شخص على آخر أنه قتل وليه ، ويطالب بالبينة فيعجز عنها ، فيحكم القاضى بعدم استحقاق القصاص ، ولكن لا يعجز المدعى بمعنى أنه لا يحكم بعدم سماع دعواه بعد ذلك إن وجد بينة وإن منعه من القصاص بحيث إذا وجد المدعى بينة بعد ذلك قام ببينته من جديد واستحق القصاص على المدعى عليه إذا كانت بينته مقبولة .

ومثال الوقف . أن يدعى شخص أن شخصا حبس عليه داراً . ولكنه يعجز عن إقامة البينة على دعواه . فيقضى عليه القاضى برفع يده عن الدار الآن ولكن لا يحكم عليه بعدم سماع بينته إن وجدها فى المستقبل .

---

(١) راجع صحيح الترمذى مع شرح عارضة الأحوذى ج ٦ ص ١٩٨ ، نصب الراية للزيلعى ج ٣ ص ٣٠٩ ، وانظر شرح النووى على صحيح مسلم ج ١١ ص ١٩٢ الطبعة الاولى ، الفروع لمحمد بن مفلح المقدسى ج ٦ ص ٦٠ الطبعة الثانية ، وراجع المبسوط للسرخسى ج ٩ ص ٩٤ الطبعة الثالثة ، والبدائع للكاسانى ج ٧ ص ٦١ .

ومثال النسب . أن يدعى إنسان أنه من ذرية فلان . ويعجز عن إقامة بينة تشهد له بذلك . فلا يحكم عليه القاضي بعدم سماع بينته في المستقبل إن وجدها ، وإن كان واجبه أن يقضي بعدم ثبوت نسبه في الوقت الحاضر .

ومثال الزوجية . أن تدعى امرأة أن زوجها طلقها وعجزت عن إقامة بينة على الطلاق فلا يحكم عليها بإبطال دعواها بعد ذلك إن وجدت بينة . وإن كان واجبه الآن أن يحكم ببقائها في عصمة زوجها(١) .

غير أن بعض فقهاء المالكية قد خالفوا ما ذهب إليه الجمهور . ورأوا أنه لا خصوصية في المستثنيات السابقة وإنما الحكم في المسائل كلها واحد . وهو عدم سماع الدعوى والبينة بعد الحكم إلا لوجه من نسيان أو عدم علم(٢) .

٦١ — (٣) بالنسبة لعذر المحكوم عليه في نسيانه البينة أو عدم علمه بها

يرى جمهور فقهاء المالكية قبول هذا العذر إذا أقام المحكوم عليه الدليل على نسيانه البينة أو عدم علمه بها . ويعتبر يمينه عندهم دليلا كافيا . ومن ثم تنظر دعواه وتسمع بينته بعد الحكم سواء كان صاحبها ناسيا لها أم غير عالم بها قبل صدور الحكم أم لم يكن(٣) .

٦٢ — (٤) بخصوص قضاء الترك الصادر في الحادثة . يرى جمهور علماء المسلمين أنه ينقض بظهور بينات جديدة تقتضي نقضه . ومن ثم ينحصر عدم تأثر الحكم القضائي بظهور بينات جديدة في قضاء الاستحقاق دون قضاء الترك .

ويقصد بقضاء الترك : أن يكون الحكم القضائي منصبا على تأكيد الواقع الذي يكون عند رفع القضية إلى القضاء . مثل أن ترفع دعوى على شخص في يده

(١) انظر شرح الخرشي ج ٧ ص ١٦٠

(٢) راجع حاشية للعدوي على شرح الخرشي ج ٧ ص ١٥٩

(٣) شرح الخرشي ج ٧ ص ١٥٦ ، فتح العلي المالك للشيخ عليش ج ٢ ص ٢٨٩ المدونة للامام مالك ج ١٣ ص ١٧٥ ، ج ١٢ ص ١٣٧ .

عين مالية ، يطلب فيها المدعى الحكم له باستحقاق تلك العين، ولم يستطع إحضار البينة ، فاستحلف المدعى عليه ، فحلف فهنا تترك العين فى يد المدعى عليه ويكون هذا قضاء ترك . أما إذا أحضر المدعى بينة مقبولة فقضى له ، كان هذا قضاء استحقاق . ولو أن المحكوم عليه فى قضاء الترك أحضر بينة بعد الحكم فقد ذهب الجمهور إلى وجوب النظر فيها ، ونقض الحكم السابق إذا كانت بينته مقبولة شرعا والحكم له بالعين قضاء استحقاق فى هذه المرة(١) .

أما بعد قضاء الاستحقاق ، فلا تسمع بينة يحضرها المحكوم عليه ، إذا كان القضاء الأول مستوفيا شروطه ومبنى على بينـــات مستوفية الشروط أيضا .

وقضاء الترك لا يكون إلا بعد عجز المدعى عن إحضار بينته وتكليف المدعى عليه باليمين وحلفه بالفعل . وقد اختلف قضاء الترك بهذا عن قضاء الاستحقاق ، لأن اليمين فى الحقيقة ليست طريقا للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف بعد عجز المدعى عن البينة ، يترك الشىء المدعى فى يده لعدم قدرة المدعى على إثباته ولا يعد هذا قضاء له بيمينه ، وقد يسمى طريقا للقضاء باعتباره يقطع النزاع فى الحال ، ولكن الفرق بينه وبين طرق القضاء الحقيقية ـ من بينة وإقرار ونكول ـ أن هذه الطرق تقطع النزاع مطلقا بحيث لا تسمع الدعوى بعدها ولا ينظر إلى البينات الجديدة(٢) . أما القضاء بناء على اليمين ، فيقطع الخصومة مؤقتا إلى غاية إحضار البينة(٣) .

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين ، لمحمد علاء الدين جـ ٧ ص ٤٣٩ .

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ٤٣٧ .

(٣) البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ٢٣٩ ، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى جـ ٤ ص ٤٧٧ ، تكملة حاشية ابن عابدين لمحمد علاء الدين جـ ٧ ص ٤٢٨ ، كشاف القناع للبهوتى الحنبلى « منصور بن يونس » جـ ٦ ص ٤٤٨ .

ويرى البعض من العلماء أن الحكم بناء على اليمين يقطع الخصومة على الإطلاق ، ولا يحق بعده للمحكوم عليه أن يقيم بينات جديدة . إذ لا فرق عندهم بين قضاء الترك وقضاء الاستحقاق من حيث تمتعهما بالحجية القضائية . وحجتهم فى ذلك ، أن اليمين حجة المدعى عليه ، فلا تسمع بعدها حجة المدعى ، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى ، وبأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية التحليف ، فكذا إذا حلف لا تبقى له ولاية إقامة البينة ، والجامع أن حقه فى أحدهما فلا يملك الجمع بينهما(١) وبهذا قال ابن أبى ليلى وداود الظاهرى(٢) .

وقد استدل الجمهور بقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه « البينة الصادقة أحب إلى من اليمين الفاجرة »(٣) ، ولا فرق بين أن تكون إقامة البينة قبل الحلف أو بعده ، أو قبل صدور الحكم أو بعد صدوره فما دامت البينة عادلة فى الظاهر ، فإن اليمين المناقضة لها تكون فاجرة ، والبينة أولى منها بالقبول(٤). ولأن البينة هى الأصل فى الاحتجاج ، لأنها كلام صادر عن أجنبى بالنسبة للخصوم ، أما اليمين فهى كالحلف عن البينة لأنها كلام الخصم وصير إليها للضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف فكأنه لم يوجد أصلا(٥) ، إذ البدل يبطل بالقدرة على المبدل ، كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل . ومما يدل على الفرق بينهما ، أنهما حال اجتماعها وإمكان سماعها ، تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها(٦) .

(١) البدائع للكاسانى ج٦ ص٢٢٩ ، المغنى لابن قدامة ج١٠ ص ٢٠١ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠١ ، روضة القضاة للسمنانى ٢٩١ ، مدونة الإمام مالك ج ١٦ ص ١٧٥ .

(٣) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ج ٤ ص ٤٧٧ ، المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠١ .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠١ .

(٥) البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٢٩ .

(٦) المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠١ .

ومع أن جمهور الفقهاء متفقون على هذا الأصل فقد إختلفوا فى بعض الصور التفصيلية ، من ذلك إذا قال المدعى : لى بينة حاضرة ، وأريد تحليف المدعى عليه ، فحلف وحكم على المدعى ، ثم أحضر المدعى بينة ، فهل تقبل ؟

يرى أبو حنيفة أنه لايجوز للقاضى تحليف المدعى عليه مع اعتراف المدعى بأن له بينة حاضرة ولا مانع من إحضارها إلى مجلس القضاء أو سماعها ، بل يجب عليه أن يطلب البينة ثم يقضى .

وقال أبو يوسف : إذا طلب الخصم استحلافه ، فإنه يستحلفه لأنه ربما يتورع ويقر فيغنى الخصم عن إقامة البينة وتعديل الشهود ، ولكن لايستحلف حتى يطلب الخصم ذلك ، وهو قول الشافعى ورواية عن محمد . فإذا حلف المدعى عليه وحلف ، ثم أتى المدعى ببينته وجب سماعها والحكم بناء عليها إذا كانت مقبولة شرعا ، ولا فرق بين بينة حاضرة وغائبة فى ذلك(١) .

أما الحنابلة فيرون رأيا يقترب من رأى أبى حنيفة ، إذ قالوا : ليس للمدعى أن يقول : لى بينة حاضرة وأريد يمينه ، إلا إذا رضى بإسقاط بينته وقال : لى بينة حاضرة ولا أريد إقامتها وإنما أريد يمينه ، واكتفى بها فيستحلف المدعى عليه(٢) .

وأما المالكية فقد أخضعوا هذه الصورة لقاعدتهم العامة التى طبقوها على ظهور بينات جديدة بعد الحكم ففرقوا بين حالتين : الأولى ، أن يكون المدعى غافلا عن بينته عند الحكم ، سواء أكان سبب هذه الغفلة النسيان أم عدم العلم . والثانية ، أن يكون المدعى عالما ببينته واستحلف خصمه بالرغم من ذلك ،

---

(١) روضة القضاة للسمنانى ص ٢٩١ ، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ج ٤ ص ٤٧٧ .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٩ ص ٧٦ .

فنى الحالة الأولى يمضى الحكم ولا ينقض ، وفى الحالة الثانية ، له الحق فى إقامة البينة إذا حلف على أنه كان ناسيا لها أو لا يعلم بها قبل الحكم . ولا فرق فى ذلك بين البينة القريبة والبعيدة(١) .

غير أن مطرف وابن الماجشون قد خالفا فى ذلك وقالا قولا يقترب من قول أبى يوسف من الحنفية ، وذلك أن من استحلف رجلا فى حقه وهو عالم ببينته وهى حاضرة معه فحلف له ، لم يضره استحلافه إياه وله القيام بها ، ويقضى بها ، لأن من حجته أن يقول : ظننت أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين ، وأنه يقر بالحق ولكن يكون المدعى آثما حين ألجأ خصمه إلى اليمين ، وله بينة حاضرة(١) .

والواقع أن ما ذهب إليه مطرف وابن الماجشون من سماع البينة الحاضرة بعد الحلف يتصور قبل صدور الحكم ، إذ مادامت هذه البينة حاضرة فلا داعى لانتظار صدور الحكم ثم القيام بها من غير عذر للمدعى فى التأخير .

وأيضا من الصور التى اختلف فيها الفقهاء ، ما إذا قال المدعى : ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة وكل بينة تشهد لى فهى كاذبة ، واستحلف المدعى عليه فحلف ثم أقام المدعى بينة .

فيرى أبو حنيفة - فى رواية الحسن بن زياد عنه - أن القاضى يحكم بالبينة وينقض الحكم السابق إذا صدر بناء على اليمين .

ويرى محمد بن الحسن ، أن القاضى لا يسمع من المدعى ولا يحكم ببينته

---

(١) مدونة الامام مالك ج ١٢ ص ١٣٧ ، ج ١٣ ص ١٧٥ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٨٤ .

(٢) روضة القضاة للسمنانى ص ٢٩٢ .

إذا كان قد صدر عنه مثل ذلك الكلام. أما الشافعية فلهم فى ذلك ثلاثة أقوال: القول الأول مثل قول أبى حنيفة والقول الثانى مثل قول محمد بن الحسن والقول الثالث يفرق بين حالتين: الأولى، أن يكون هو قد استوثق بالبينة فلا تسمع فى هذه الحالة، لأنه يكون قد كذب بينته، والثانية، أن يكون غيره استوثق له بالبينة فتسمع لأنه يكون غافلا عنها عندما اعترف بأن لا بينة له(١).

وأما المالكية فيفهم من كلامهم أن المدعى إذا طلب تحليف المدعى عليه، وأسقط بينته التى يعلمها أو كل بينة سواء كان يعلمها أم لا يعلمها، فإنه لا يجوز له أن يقوم بها بعد تحليف المدعى عليه لا قبل الحكم ولا بعده(٢).

وأما الحنابلة فعندهم فى المسألة وجهان: أحدهما، أن للمدعى القيام ببينته وإن سبق أن أسقطها واكتفى بالحلف من المدعى عليه، وثانيهما، أنه ليس له ذلك لأنه قد أسقط حقه فى إقامتها(٣).

٦٣ — ه - إذا ظهر من الحجج والأدلة ما يدل على بطلان البينات التى انبنى عليها الحكم القضائى، فلا خلاف فى وجوب نقض الحكم السابق، والحكم بناء على البينات الجديدة أو الوضع الجديد بعد إغفال تلك البينات الباطلة، ولا خلاف فى هذه القاعدة عند الفقهاء، وإنما اختلافهم فى صورها التطبيقية فمما اتفقوا عليه، ظهور أن الشهود كانوا كفارا، فلا خلاف فى وجوب نقض الحكم عندئذ(٤).

ومما اختلفوا فيه. ظهور أن الشهود شهود زور. فذهب جمهور الفقهاء

---

(١) روضة القضاة للسمنانى ص ٢٩٢.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٨٤.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٨٩.

(٤) شرح الخرشى ج ٧ ص ١٦٤، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٤٥. تبصرة الحكام ج ١ ص ٨١، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٢٩.

إلى وجوب نقض الحكم المبنى على شهادة الزور . لأنه متى علم أن الشاهدين شهدا زورا . تبين أن الحكم كان باطلا فيلزم نقضه ، لأنه تبين كذبهما فيما شهدا به ، وبطلان ما حكم به(١) .

أما المالكية فقد خالفوا فى ذلك فلم يروا نقض الحكم فى شهادة الزور ، واعتبروها مثل الرجوع فى الشهادة، فيغرم ويعزر شاهد الزور عندهم ولا ينقض الحكم(٢) .

كذلك مما اختلفوا فيه ، نقض الحكم الذى ظهر أنه بنى على شهادة فاسقين فذهب الحنفية إلى أنه لا يجب نقض الحكم الذى أصدره القاضى بناء على شهادة فاسقين إن لم يكن الفسق ناشئا عن الوقوع فى جريمة القذف .

وهذا الرأى مبنى على أساس أن الأحناف يرون أن العدالة ليست شرطا فى صحة أداء الشهادة ولكنها شرط فى وجوب قبولها على القاضى ، فإن تحققت العدالة فى الشهود وتحققت معها بقية الشروط ، وجب قبولها . وإن تحققت جميع الشروط دون العدالة لم يجب قبولها وإذا قبلها القاضى يكون آثما . لأنه منهى عن قبول شهادة غير العدول ، لقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين)(٣) ، ولكن الحكم يكون نافذا ولا يصح نقضه بعد إبرامه(٤) .

وما ذهب إليه الأحناف ، أحد قولين منسوبين للامام مالك بن أنس ، وبه

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٦٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٠٦ / ٢٠٧ ، منح الجليل للشيخ عليش ج ٤ ص ٢٨٨ .

(٣) الآية رقم ٦ من سورة الحجرات .

(٤) الهداية لبرهان الدين المرغينانى ج ٣ ص ٨٦ طبعة الحلبى ١٩٣٧ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤٥٠ ، الأصول القضائية لعلى قراعة ص ١٥٩ .

قال أشهب وسحنون من المالكية(١) وهو قول مرجوح عند الشافعية(٢).

وفى القول الأصح عند الشافعية وابن القاسم من المالكية ، أن الحكم القضائى لاينقض إذا تبين أن الشهود فسقة ، وهو قول منسوب للإمام مالك أيضا(٣).

٦٤ — ٦ — ينقض الحكم إذا كذب المدعى نفسه ، أو شهوده .

مثال الأول : أن يقول المدعى بعد أن حكم له بالمال : كنت كاذبا فيما ادعيت، أو لم يكن هذا المال ملكى ، مشيرا إلى المال الذى حكم له به .

ومثال الثانى : أن ينسب المدعى الكذب إلى شهوده فيقول عنهم : إنهم كذبة ، أما لو فسقهم بغير الكذب ، كما لو قال عنهم . زناة أو شاربوا خمر أو آكلو ربا ، فإن القضاء لاينقض بذلك(٤) . نص على ذلك علماء الحنفية فى كتبهم بحيث اتضح من البحث أنه لم يتعرض أحد غيرهم لهذه المسألة .

غير أن الحنفية اشترطوا لنقض الحكم بتكذيب المدعى نفسه أو شهوده أن لايمكن تأويل كلامه إلا بالتكذيب وبطلان القضاء ، فإن كان كلامه محتملا لتأويل لايبطل معه القضاء . لم يكن سببا لنقض الحكم ، ففرقوا مثلا بين أن يقول المدعى عن العين المقضى بها له « لم تكن ملكى قط »وبين أن يقول «هذه العين ليست ملكى » فينقض الحكم فى الأولى دون الثانية ، لأن الأولى، لاتفسير لكلامه فيها إلا بما يؤدى إلى بطلان الحكم ، وفى الثانية يمكن تأويلها بما لايتعارض مع الحكم الصادر قبلها ، لاقوله « ليست ملكى » يتناول الحال وليس

(١) تبصرة الأحكام لابن فرحون ج ١ ص ٨٠/٨١.
(٢) أدب القضاء لابن أبى الدم ص ١٢٩ .
(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ٨٠ ، أدب القضاء ص ١٢٩ .
(٤) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٣٣ ، الأصول القضائية لعلى قراعة ص ٣٦٢ .

من ضرورة نفى الملك للحال انتفاؤه من الأصل ، بخلاف اللفظ الأول فإنه يدل على إنتفاء المالك من الأصل وقبل صدور الحكم(١) .

٦٥ — ٧ — بالنسبة للقضاء على الغائب ، يرى من قالوا بجوازه أن المحكوم عليه أن يقوم بحجته إذا عاد فى خلال فترة معينة ، فإذا طعن فى الشهود وبرهن على صحة طعنه ، نقض الحكم ، وكذلك إذا دفع بقضاء أو إبراء أو غير ذلك ، وأقام عليه البينة قبل دفعه، ونقض الحكم الصادر عليه(٢) . ولذلك اشترط بعضهم على القاضى الذى يصدر الحكم على الغائب أن يبين الشهود ويسميهم ليتمكن الغائب من الطعن فيهم إذا عاد ، فإن لم يفعل كان للمحكوم عليه أن يطلب فسخ الحكم وإستئناف النظر فى القضية(٣) .

وبعد بيان وجهتى النظر الوضعية والشرعية بخصوص الحدود والقيود المتعلقة بطرق الإثبات يتضح أن الاتجاه الذى إتخذته القوانين الوضعية وأعطت بموجبه للأحكام القضائية المبنية على اليمين الحاسمة : حجية مطلقة لا يقف فى مواجهتها أى تطور يحدث على البينات ، يتناقض تمام التناقض مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، كما أنه تشوبه المبالغة الظاهرة والتقليد لعرف غريب على مجتمعاتنا . ذلك العرف الذى كان يسود الرومان قبل نشوء القضاء ، حيث كان الفرد الذى ينازعه آخر فى حقه يقترح عليه ، أما تحكيم شخص ثالث محايد وإما أن يحلف ، فإذا قبل الخصم أحد هذين الافتراضين فإن القرار الناجم عن التحكيم أو القسم يكون أساسه الرضاء المتبادل ويلزم الأطراف بهذه الصفة(٤) .

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٣٢ .

(٢) شرح الخرشى جـ ٧ ص ١٧٣ ، المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١١٠ .

(٣) شرح الخرشى جـ ٧ ص ١٧٣ .

(٤) د. وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ص ١٦٥ (نشر منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤ م) .

والواقع أن الخصم الذى يقبل تحليف خصمه لايتنازل عن حقه فى إقامة البينات الأخرى إلا مرغما، لعدم علمه بها، ولو كان يعلمها لما طلب الحلف من خصمه ولما أوكل الأمر إلى ضمير ذلك الخصم. فيتضح أن الرضا لم يكن سليما وإنما كان مشوبا بعيب الإكراه.

لذلك ينبغى النظر لهذا العيب، بإتاحة الفرصة للمحكوم عليه لكى يبرهن على كذب خصمه فى اليمين، على أن لايكون قصده كيديا، وذلك يعرف بالنظر إلى علم طالب الحلف ببيناته أو عدم علمه بها، فإن كان الأول، لم يسمح له بإقامتها بعد الحلف، وإن كان الآخر سمح له.

المطلب السابع

الحدود المتعلقة بمجال الحجية

٦٦ — القوانين الوضعية : بالبحث فى هذه القوانين إتضح أنها لاتعنى إلا بالأمور الظاهرة، حيث لايوجد بها باطن ينظر إليه لأنها لاتنظم علاقة الإنسان بربه عز وجل، والتى تنبثق منها فكرة الحل والحرمة.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن حجية الأحكام فى الأنظمة الوضعية لاتكون إلا للأحكام القضائية المانحة للحماية القضائية - جوهر الوظيفة القضائية - أى لاتكون إلا للأحكام الموضوعية(١). وعلى ذلك فلا تكتسب الحجية القضائية لغير هذه الأحكام، مثل الأحكام الإجرائية أو الأعمال الصادرة عن القضاء فى غير سلطة القضاء مثل الأعمال الولائية. كما وأن الحجية لاتكون إلا لمنطوق الأحكام الموضوعية، فلا تمتد بحسب الأصل إلى الأسباب التى بنيت

---

(١) د. وجدى راغب، مبادىء القضاء المدنى ص٥٤ د. محمود هاشم إجراءات التقاضى والتنفيذ، ص١٦٦ قانون القضاء المدنى ج ٢ ص ٤٢٩/٤٤٤، فنسان ص١١٧.

عليها أو إلى الوقائع المبنية عليها(١) .

هذا ولا تكون هذه الحجية إلا بالنسبة للدعوى التى صدر فيها الحكم الحائز لحجيته ، بعناصرها الثلاثة : الموضوع والسبب والخصوم ، وعليه إن إختلفت دعوى فى أى من عناصرها عن دعوى أخرى فإن الحكم الصادر فى إحداها لايحوز حجيته بالنسبة للأخرى(٢) .

وقد عبر فقه القانون المدنى عن ذلك بالشروط الواجب توفرها لقيام حجية الأمر المقضى ، وهى عندهم نوعان : الأول مايجب توفره فى الحكم وهو أن يكون حكما قضائيا صادرا من جهة قضائية ذات ولاية فى إصداره وأن يكون حكما قطعيا ، وأن يكون التمسك بالحجية فى منطوق الحكم . أما النوع الثانى فهو مايجب توفره فى الحق المدعى به أى الشروط المتعلقة بالدفع بالحجية ، وهى إتحاد الخصوم وإتحاد الموضوع وإتحاد السبب . وذلك لأن الأصل عندهم هو نسبية الحجية وقصورها على الدعوى التى صدر فيها الحكم الحائز للحجية(٣) .

٦٧ — أما فى الشريعة الإسلامية فقد أجمع الفقهاء على أن الحكم القضائى

---

(١) أنظر فى تفاصيل ذلك ، د . محمود هاشم . قانون القضاء المدنى — الإشارة السابقة ، السنهورى — الوسيط — جـ ٢ ص ٧١٤/٦٤٨ ، أحمد نشأت ، رسالة الاثبات جـ ٢ ص ٢٠٨ وحكم النقض الصادر فى ١٩٨٢/٦/١٣ رقم ٢١ فى المحاماة س ٦٥ عدد ٤،٣ ص ٧٧ .

(٢) د . محمود هاشم ، قانون القضاء المدنى جـ ٢ ص ٤٤٤/٤٢٩ د. فتحى والى — الوسيط ص ١٨٣,١٦٥ أحمد الصاوى ، أثر الأحكام بالنسبة للغير ١٩٧٩ . أحمد نشأت ، رسالة الإثبات و الاشارة السابقة .

(٣) أنظر محمود هاشم ، نظام الإثبات ص ٢٢٣ والاحكام التى أشار إليها فى هامش (٢) ، وجدى راغب مبادىء ، ص ٤٤، ٤٦ .

لايمتد أثره إلى تغيير الوصف الشرعى لما صدر فيه ، إذا كان محله مما لا ولاية إنشائية للقاضى فيه ، وذلك كالأحكام الصادرة فى الأملاك المرسلة ومايلحق بها من ميراث وغيره ، فى هذه الحالة لاخلاف بينهم على أن حكم القاضى لا يكون نافذا فى الباطن إن لم يكن موافقا لما إعتمد عليه من الظاهر(١) .

أما بخصوص أثر الحكم القضائى الصادر فيما للقاضى ولاية الإنشاء فيه ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحكم القضائى لا ينفذ فى الباطن حتى يكون موافقا الظاهر ، فإن إختلفا نفذ الحكم فى الظاهر دون الباطن ، بمعنى أن حكم القاضى لا يغير الحرام فيجعله حلالا للمحكوم له ولا العكس ، وهذا رأى الإمام مالك والإمام الشافعى والإمام أحمد بن حنبل والصاحبان من الحنفية(٢) .

وعلى ضوء ذلك ، إذا إدعى رجل على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فأقام على ذلك شاهدى زور ، فقضى القاضى بالنكاح بينهما ، والمدعى وشاهداه يعلمون أنه لانكاح بينهما ، نفذ قضاؤه فى الظاهر والباطن عند أبى حنيفة .

والمراد بالنفاذ ظاهرا أن يسلم القاضى المرأة إلى الرجل ويقول لها : سلمى نفسك إليه فإنه زوجك . أماالنفاذ باطنا فيقصد به أن يحل له وطؤها ويحل لها أن تمكنه من نفسها فيما بينها وبين الله تعالى .

أما جمهور الفقهاء فلا يرون نفاذ هذا القضاء فى الباطن وإن لم يكن للقاضى مفر من الحكم بالنكاح وأمرها بالإلحاق بزوجها ، ولكن لايحل للمحكوم له أن يطأها ، ولايحل لها أن تمكنه من نفسها(٣) . أيضا لو أن شاهدى زور شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا ، وهو منكر فقضى القاضى بالفرقة

---

(١) البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٥ ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ص ١٤ .

(٢) نظرية الدعوى ، د . محمد نعيم ياسين — القسم الثانى ٢٣١ .

(٣) نظرية الدعوى ، المرجع السابق ص ٢٣١ .

بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها عند أبي حنيفة ولم يحل له ذلك عند الجمهور(١) .

وقد استدل جمهور الفقهاء على ماذهبوا إليه بما يلي :

١ — قوله تعالى (ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)(٢) .

ويؤخذ من الآية الكريمة ، أنه لايحل للمرء أن يأكل المال من غير الوجه الذي أباحه الله لأكله ، لأن طريق الحرام لايحل لأحد أي حق من الحقوق .

وقد ورد عن بعض الصحابة وكثير من التابعين تفسير الأكل بالباطل والأدلاء إلى الحكام لأكل الأموال بالإثم بما يؤكد أن ما يقضى به الحكام لايحل حراما ولايحرم حلالا(٣) .

٢ — قول الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، « إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض . فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار »(٤) .

وتتجه دلالة الحديث إلى أن حكم القاضى لايحلل الحرام بوجه من الوجوه .

ويترجح الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، تمشيا مع قوة الدليل وتحقيقا

---

(١) نظرية الدعوى ، المرجع السابق ص ٢٣١ .

(٢) الآية رقم ١٨٨ من سورة البقرة .

(٣) راجع تفسير الطبرى ج ٣ ص ٥٥٠ — تحقيق محمود شاكر — مطبعة دار المعارف بمصر ، تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٢٥ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووى للامام مسلم ج ١٢ ص ٤ .

للمصلحة ، وأدلة الجمهــور من حيث اعتمادهم على الكتاب والسنة فيما ذهبوا إليه ، تتميز بوجوه قوية من الدلالات ، وأيضا من حيث الأخبار الواردة من السلف فى تفسير النصوص القرآنية والنبوية كلها مجمعة على أن حكم الحاكم لادخل له فى تغيير الوصف الشرعى للأشياء .

يضاف إلى ذلك أن ما ذهب إليه الجمهور يكون أكثر تحقيقا للمصالح ودرءا للمفاسد وأكثر تهذيبا للضمير الإنسانى المؤمن وتنمية لملكة مراقبة الله عز وجل .

المبحث الرابع

أساس مبدأ الحجية القضائية

٦٨ — بعد بيان المقصود بمبدأ الحجية ومقتضيات وجوده ، وحدوده وقيوده والاستثناءات التى وردت على هذا المبدأ ، يثور فى النهاية تساؤل حاصله: لماذا جعلت تلك الحجية للأحكام التى يصدرها القضاء ، ولماذا لا يصح للقاضى أن يرجع عن قضائه ، ولماذا لايملك القاضى أن يبطل قضاء غيره مع أن المعروف أن حق النقض والأبطال يكون للسلطة التى كان لها حق الإصدار ؟

اختلفت وجهة النظر القانونية الوضعية حول تحديد الفلسفة التى يقوم عليها مبدأ الحجية القضائية ، اختلافا كبيرا تمخض عن نظريات كثيرة سبقت الإشارة القريبة إلى بعضها ويستوجب البحث ذكر البعض الآخر من تلك النظريات وهى مايلى :

١ — إن فكرة الحجية القضائية قد أخذ بها القانون الرومانى تلبية لحاجة استقرار الحقوق التى يؤكدها القضاء فى أحكامه(١) .

٢ — نظرية العقد القضائى : ومؤداها ـ فى نظر أصحابها ـ أنه يوجد شبه عقد بين طرفى الخصومة ، يلتزمان بمقتضاه مقدما بقبول الحكم ولو كان غير عادل .

وهذه النظرية قد نبذت وهجرت لأنها تقوم على افتراض ينأى عن الواقع(٢) على الرغم من أن لها أصلا تاريخيا ، حيث كان شعب روما القديم

(١، ٢) د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ج ١ ص ٣٠٥ .

يلجأ إلى حل المنازعات القانونية بقرار تعاقدى ، فكان الفرد إذا نازعه آخر فى حقه ، يقترح عليه تحكيم فرد ثالث محايد ، أو يترك القرار لضمير خصمه بتوجيه القسم إليه والقرار الناتج عن التحكيم أو القسم يلزم الطرفين ، ويولد حقا غير منازع فيه ، ولم تكن الأشكال الرسمية التى ظهرت بعد ذلك سوى تثبيت للقرار التعاقدى فى حل النزاع تحت شكل منظم ومحدد(١) .

٥٥ — ٣ — نظرية الحقيقة وتعنى فى نظر أصحابها(٢) ، أن أساس مبدأ الحجية هو افتراض مطابقة مايقرره الحكم للحقيقة وأن هذه قرينة قانونية قاطعة لاتقبل إثبات العكس .

وهذه النظرية هى النظرية التقليدية السائدة فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى . ومع ذلك فإن هذه النظرية قد تعرضت لهجوم من جانب الفقه الحديث(٣) واعتبارها قاعدة من قواعد الإثبات ، فضلا عن أن ماقال به أصحاب هذه النظرية التقليدية يتعارض مع مايراه كثيرون من فقهاء القانون الوضعى ، من أن حجية الأمر المقضى تصاحب الحكم القضائى منذ ولادته(٤) ، ولاتتوقف على صيرورته نهائيا باستنفاد جميع طرق الطعن ، إذ أن افتراض إصابة الحكم للحقيقة يقتضى أن لايقبل هذا الحكم استئنافا ولا معارضة ولا نقضا ولا غير ذلك ، لأن قبول الطعن فيه معناه قبول محاولة مؤداها تغيير ماهو حق وعدل .

---

(١) د. وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ص١٦٥ .

(٢) د. رمزى سيف ـ الوسيط ، بند ٥٤٤ ، أحمد أبو الوفا ـ المرافعات ، بند ٥٦١ ، عبد الباسط جميعى ص٣٣٩ .

(٣) د. فتحى والى ـ الوسيط ـ بند رقم ١٠٠ ص١٨٨ ، السنهورى ، ج٢ ص٦٤٠ بند ٣٤٤ وأنظر عرضا لذلك ، وجدى راغب — مبادىء القضاء — ص ٤٠٧ .

(٤) د. عبد الباسط جميعى ، مبادىء المرافعات ص٦١٥ ، د. فتحى والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ص ٧٧ ، د. رمزى سيف ، الوسيط ص ١٣٢ .

٤ - ويرى كثير من فقهاء القانون أن مصلحة استقرار الأوضاع والمراكز القانونية التى تؤكدها الأحكام القضائية تكمن وراء مبدأ حجية الأمر المقضى ، وأن هذه المصلحة لا تحقق إلا بجعل الحماية القضائية المتمثلة فى الأحكام التى تصدرها المحاكم ، كفيلة بضمان الاستقرار لما تؤكده تلك الأحكام من الحقوق والمراكز القانونية ، وإلا فإن البديل لذلك هو جمود المعاملات ووقوفها ، وفقدان الثقة فى حماية مرفق القضاء للناس(١).

٦٩ - وهذا الاتجاه فى تفسير الدوافع الكامنة وراء التمسك بمبدأ الحجية يقترب إلى حد بعيد من الاتجاه الذى تبناه كثير من فقهاء المسلمين فى تعليل الأخذ بمبدأ الحجية ، وذلك يتجلى من خلال إبراز وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية فى الإجابة عن التساؤل المتشعب والذى بدأنا هذا المبحث من أجل تحديد الفلسفة التى تقوم عليها حجية الحكم القضائى ، ومن أجل ذلك تشعبت وجهات النظر الفقهية إلى الاتجاهين التاليين :

٧٠ - الأول : ومؤداه أن الأخذ بمبدأ الحجية القضائية ضرورى للحفاظ على مصلحة عامة تتمثل فى تدعيم مرفق القضاء لكى يستطيع القيام بمهامه فى فض المنازعات وفصل الخصومات . بيد أن أنصار هذا الاتجاه فى تفسير وجه المصلحة المقتضية للأخذ بذلك المبدأ ، قد اختلفت عباراتهم فى هذا التفسير حيث أرجع بعضهم ذلك إلى ضرورة المحافظة على ثقة الناس بالقضاء وبالأحكام التى يصدرها . إذ لو كان للقضاة أن ينقضوا أحكام بعضهم بعضا من غير

---

(١) أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ج٢ ص ٢٠٢ ، د. فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ج١ ص ٣٠٨ ، د. أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الاثبات ص ٢٩٩ .

سبب شرعى، أو كان للقاضى أن يرجع عن قضائه إلى غيره حسبما يشاء وبدون محدد، لأدى ذلك إلى عدم الوثوق بأحكام القضاة وعزوف الناس عن التحاكم إليهم.

وفى ذلك ينقل ابن فرحون عن بعض علماء المالكية قولهم «لو كان له نقض هذا لرأيه الثانى لكان له فسخ الثانى والثالث ولا يقف على حد ولا يثق أحد بما قضى له به وذلك ضرر شديد»(١).

فإذا انعدمت ثقة الناس بالقضاء، فقد يؤدى ذلك إلى اللجوء إلى وسائل أخرى غير التقاضى لتحصيل حقوقهم، فيكون ذلك سببا فى الفوضى والفساد والاحتكام إلى الهوى. يقول أحد القضاة ـ من المالكية «يحمل القضاء على الصحة مالم يثبت الجور، وفى التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن القضاء، فإن القاضى لايخلو من أعداء يرمونه بالجور، فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه فلا ينبغى للسلطان أن يمكنهم من ذلك»(٢). وفى هذا القول دليل على أن مبدأ الحجية يحول دون الذرائع الفاسدة التى تؤدى إلى الضرر بالقاضى والقضاء وبالناس بعد ذلك.

أما البعض الآخر فقد علل عدم جواز تعقب الأحكام القضائية السابقة، وعدم جواز النظر فيها من غير سبب شرعى، بأن ذلك ضرورى ليتفرغ القضاء للنظر فى الخصومات المستقبلة ولا يتشاغل بخصومات عرضت عليه وفصل فيها، ولو كان للقضاة تتبع أحكام بعضهم بعضا، لكان ذلك سببا لبطء الفصل فى الخصومات الحادثة وتعطيلها ولو بصورة جزئية.

ومن ناحية أخرى فإن مثل هذا التتبع، فيه قدح للقضاة، لأنه مظهر

---

(١) الغزالى، المستصفى ج ٢ ص ١٢٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٢

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٢.

من مظاهر الشك فى قدرتهم وهو ما ينبغى أن يصانوا عنه ويحفظوا منه .

وفى هذا المعنى يقول الماوردى « وجملة ذلك أن القاضى إذا تقلد عملا لم يجب عليه أن يتعقب أحكام من قبله لأمرين . أحدهما أن الظاهر منها نفوذها على الصحة . وثانيهما أنه ناظر فى مستأنف الأحكام دون ماضيها »(١) .

أيضا نقل الماوردى عن جمهور البصريين أنهم قالوا : « لا يجوز للقاضى أن يتعقب أحكام من قبله لأمرين : أحدهما أنه يتشاغل بماض لم يلزمه عن مستقبل يجب عليه ، وثانيهما ، أنه يتتبع قدحا فى الولاة يتوجه عليه مثله »(٢) .

وأما البعض الثالث فقد علل وجوب نفاذ حكم القاضى فى الظاهر والباطن وأن اختلفا ، باستقرار معاملات الناس والحيلولة دون تداخلها ووقوعها فريسة الفوضى وذلك لكى يتسنى للقضاء أن يؤدى وظيفته فى قطع الخصومات وحسم المنازعات(٣) .

٧١ ـ الثانى : ومؤداه ، أن القضاة الأكفاء جعل لهم فى شريعة الاسلام حق الانشاء لضرورة فصل الخصومات ، ووضع حد للعدوان ، وأن الاجماع قد انعقد على اعطائهم هذا الحق، وذلك بانعقاده . على اعتبار أن حكم الله عز وجل هو ما حكم به القاضى فى مسائل الاجتهاد وإذا حكم بحكم فقد أنشأ دليلا شرعيا جديدا على قيام حقوق وواجبات . وهذا الدليل خاص . تعلقه بكل حادثة

---

(١) الماوردى ، ادب القاضى ج ١ ص ٦٩٠ .

(٢) الماوردى ، المرجع السابق ، ص ٦٩١ .

(٣) ابن نجيم ، البحر الرائق ج ٧ ص ١٢ ، ابن حجر ، فتح البارى ج ١٣ ص ١٥٠ ، المطبعة البهية المصرية ١٣٤٨ .

بعينها ، وهو مقدم على أى دليل عام تدخل تلك الحادثة فى نطاقه . وتوضيحا لهذا الاتجاه فى بيان أساس حجية الحكم القضائى ، يقول شهاب الدين القرافى المالكى ـ صاحب هذا الاتجاه : « وإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف وإن كان عاميا جاهلا ، الإنشاء فى الشريعة لغير ضرورة ، كما فى النذر وتعليق الطلاق على سبب ، فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم لضرورة درء العناد ، ودفع الفساد ، وإخماد الثائرة وإبطال الخصومة ... »(١) .

ودليل ذلك ما أجمع عليه الأئمة قاطبة من أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم فى مسائل الاجتهاد ، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة ، ويحرم على كل أحد نقضه ، وهذا شىء نشأ بعد حكم الحاكم لا قبله ، لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال ، ولأنواع النقوض والمخالفات ولا نعنى بالإنشاء إلا هذا القدر ...(٢) .

ويوضح القرافى اتجاهه فيقول : « مثل الحاكم والمفتى مع الله ـ ولله المثل الأعلى ـ كمثل قاضى القضاة يولى شخصين : أحدهما نائبه فى الحكم ، والآخر ترجمان بينه وبين الأعاجم ، فالترجمان يجب عليه اتباع تلك الحروف والكلمات الصادرة عن الحاكم ، ويخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقص . فهذا هو المفتى يجب عليه اتباع الأدلة بعد استقرائها ، ويخبر الخلائق بما ظهر له منها ، من غير زيادة ولا نقص ، إن كان المفتى مجتهداً ، وإن كان مقلداً فهو نائب عن المجتهد فى نقل ما لخصه إمامه لمن يستفتيه ، فهو كلسان إمامه والمترجم عن جنانه . ونائب الحاكم فى الحكم ينشىء من إلزام الناس وإبطال الإلزام عنهم ما لم يقرره مستنيبه الذى هو القاضى الأصيل ، بل فوض ذلك لنائبه ، فهو متبع لمستنيبه من وجه وغير متابع له من وجه متبع له فى أنه فوض له ذلك وقد امتثل ،

(٢،١) القرافى ، الأحكام ص ٣٨

وغير متبع له فى أن الذى صدر منه من الإلزام لم يتقدم مثله فى هذه الواقعة من مستنيبه ، بل هو أصل فيـــه . فهذا مثال الحاكم مع الله تعالى ، هو ممتثل لأمر الله تعالى فى كونه فوض إليه ذلك فيفعله بشروطه . وهو منشىء ، لأن الذى حكم به تعين ، وتعينه لم يكن مقرراً فى الشريعة ، وليس إنشاؤه لأجل الأدلة التى تعتمد فى الفتاوى ، لأن الأدلة يجب فيها اتباع الراجح وهنا له أن يحكم بأحـد القولين المستويين على غير ترجيح ، ولا معرفة بأدلة القولين بل الحاكم يتبع ، والمفتى يتبع الأدلة ولا يعتمـــد على الحجاج ، والأدلة الـكتاب والسنة ونحوها ، والحجاج ، البينة والإقرار ونحوها . فهـذا مثال الحاكم والمفتى مع الله تعالى ، وليس له أن ينشىء حكما بالهوى واتباع الشهوات ، بل لابد أن يكون ذلك القول الذى حكم به قال به إمام معتبر لدليل معتبر .. »(١) .

كذلك يقول شهاب الدين القرافى مجيبا عن سبب امتناع نقض الحـكم فى المختلف فيه : « لمـا جعل الله تعالى للحـكام أن يحكموا فى مسائل الاجتهاد بأحد القولين ، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكما من الله تعالى فى تلك الواقعة وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها كنص من الله عز وجل ورد خاص بتلك الواقعة معارض لدليل المخالف لمـا حكم به الحاكم فى تلك الواقعة ... »(٢) .

وحين سئل القرافى عن قول بعض العلماء عن سبب الحجية وعدم النقض قال : إن نقضه يؤدى إلى بقاء الخصومات أو أمر آخر آكد أن توجيهه السابق وتحليله لعمل القاضى أولى بالأخذ من أقوال الفقهاء ، لأن هناك قاعدة فى أصول الفقه وقواعد الشرع هى أنه إذا تعارض الخاص والعام ، قدم الخاص على العام وتخريج الأحكام على القواعد الأصولية أولى من إضافتها إلى المناسبات الجزئية(٣) .

---

(١) القرافى ، الأحكام ص ٣٠ ، ٣١

(٢) القرافى ، الأحكام ص ٦٦

(٣) القرافى ، الأحكام ص ٧٠

والذى ينبغى أن يوضع فى الحسبان ويؤخذ فى الاعتبار أن ما ذهب إليه الفقيه القرافى المالكى ليس أدنى نسبة أو علاقة بالنظرية الدينية التى تعلل نشوء القضاء فى روما ، حيث كان الملك هو الكاهن الأكبر ، وكان الكهنة هم القضاة ينطقون بالحكم وينسبونه للآلهة فى صورة معجزة ظهرت على ألسنتهم ، وكان ذلك مخاطا بشكليات وطقوس ومراسيم يستخلص الكهنة من خلالها الحكم من القبس الإلهى .

وهذه النظرية تفسر مبدأ الحجية بأنه مظهر للقدسية المسبقة على الحكم الصادر عن الكهنة والتى تقتضى أن لا يطرح سؤال على الآلهة أكثر من مرة واحدة(١).

ذلك أن عمل القاضى المجتهد فى الإسلام مقيد بالنصوص المتمثلة فى الكتاب والسنة وبأصول لغوية وفقهية ومنطقية ، كما أن عمله القضائى له حدود وقيود شرعية إذا خالفها كان حكمه القضائى فاقداً لحجيته ، مستحقا للابطال ، وكما قال القرافى : « ليس له أن ينشىء حكما بالهوى واتباع الشهوات ، بل لابد من أن يكون ذلك القول الذى حكم به قال به إمام معتبر لدليل معتبر »(٢) .

ومن ناحية أخرى فإن الاجتهاد فى العرف الإسلامى يعد رتبة علمية ، يصل إليها المسلم بالجهد العلمى الخالص ، الذى تظهر ثماره فى إنتاج علمى منظور ومعروف فيعترف الناس له بهذه الرتبة العلمية التى تؤهله لمنصب القضاء ، وليس الاجتهاد منصبا كهنوتيا يتحكم فيه شخص أو أشخاص معينون .

وعندما نوازن بين رأى القرافى والنظريات القانونية التى فسرت مبدأ حجية الأمر المقضى ، فإننا نستطيع القول بأن هناك نظرية قانونية تقترب منه

---

(١) راجع تفصيل هذه النظرية فى مؤلف الدكتور وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ص ١٦٦ ، ١٦٧

(٢) القرافى ، الأحكام ص ٣١

وتسمى بنظرية القوة المنشئة للحكم والتى تعنى أن الحكم القضائى ينشىء أوضاعا جديدة لم تكن موجودة قبل صدوره(١) .

بيد أن هناك فرقا جوهريا بين ما يراه القرافى وبين ما ذهبت إليه هذه النظرية ، وهذا الفرق يكمن فى مصدر تلك القوة المنشئة فى الحكم القضائى ، فبينما يرى بعض أنصار تلك النظرية أن أساس تلك القوة يرجع إلى اتفاق أو عقد قضائى يتفق الخصوم بمقتضاه على عرض النزاع على القاضى(٢) ، إذا بنا نجد الفقيه القرافى ـ وكما تقدم ـ يرى أن مصدر تلك القوة المنشئة فى الحكم القضائى يكمن فى إعطاء القاضى الذى توافرت فيه الشروط الشرعية لتولى منصب القضاء ، الحق فى التشريع بخصوص الحادثة موضع النزاع ، والحكم القضائى عنده ليس إلا تعبيراً عن ذلك التشريع الخاص بتلك الواقعة ، غير أن القاضى ليس له حق التشريع العام الذى يشمل الوقائع كلها ، ولذلك لم يكن لأى قاض أن ينقض حكم قاض آخر إستناداً لهذا الحق ، وإنما يقتصر حقه على التشريع بخصوص النزاع المعروض عليه ، ولحكمه الصادر فيه قوة التشريع من حيث عدم تمكين أى شخص من نقضه ، إلا إذا خرج هذا القاضى عن حدوده فى تشريعه الخاص المتمثل فى حكمه القضائى .

الواقع أن الفقيه المالكى شهاب الدين القرافى قد جعل لمبدأ حجية الحكم القضائى أساسا قوياً يمكن أن يستند إليه ذلك المبدأ إذ أنه يعطى الحكم القضائى من القوة ما لا يمكن معها التعرض له من أية جهة كانت ما دام صحيحاً ، ولم ترد عليه أسباب النقض التى سبق بيانها فيما تقدم ، لأنه يضعه فى مرتبة التشريع الخاص بحادثة النزاع ، والتشريع لا ينتقض إلا بالنسخ ، والنسخ لا يكون إلا من صاحب الشرع . ولا نسخ بعد تمام الشريعة وانقطاع الوحى .

---

(١) د/ وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) د/ وجدى راغب ، المرجع السابق ص ١٨٦

أما الحالات التي سبق بيانها ، فإن الحكم فيها ينقض لأنه يتبين أنه لم يصدر صحيحاً ولم يأخذ قوة التشريع من البداية .

وهكذا اتضح الفرق بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية ، مما سبق بيانه من التراث الفقهي الغزير الذي رأيناه من خلال تأمل وجهة نظر الفقيه القرافي باعتباره صاحب اليد الطولى والأثر المحمود في هذا الموضوع الحيوي والهام بما يدفع كل باحث أن يتجول تجوالا شاقا بين رياض العلم وثماره ليستخرج المكنون من ما جاء به هؤلاء الفقهاء الذين يعتبر القرافي - كواحد منهم - مصباحا من مصابيح الدجى في الليلة الظلماء ، أنار السبيل وأعطى الحقيقة الشرعية التي ينبغي أن يسير عليها كل من أراد الفوز بسعادة الحياتين .

خاتمة موضوع البحث

٧٢ - بعد هذه الجولة الشاقة بين رياض العلم وثماره والتى تنسمنا فيها أريج الفقهين الإسلامى والقانونى، رأينا الثمار قد أينعت وحان قطافها، وهذه الثمار تتمثل فى النتائج المستخلصة من هذا البحث من بداية مسيرته وحتى بلوغ غايته ونهايته وهى :

١ - تتفق التشريعات الوضعية مع الشريعة الإسلامية على ضرورة إعطاء الأحكام القضائية نوعا من الحجية - بصرف النظر عن مداها - لتحقيق استقرار الأحكام والحقوق وطمأنينة الناس وثقتهم بمرفق القضاء .

٢ - إن مفهوم الحجية القضائية فى الشريعة الإسلامية يختلف عن مفهومها فى التشريعات الوضعية، فبينما هى فى الفقه الإسلامى، حمل الأحكام القضائية على الصحة من حيث الظاهر، فإذا بها فى القانون الوضعى، إعتبار ما يقرره الحكم القضائى عنوان الحقيقة وهذه تعد قرينة قانونية قوية بحيث لا تقبل إثبات عكسها ولا تتاح فرصة لأحد لمحاولة ذلك .

٣ - هناك مراحل مختلفة تتفاوت بينها حجية الحكم القضائى فى القوانين الوضعية، فى هذه المراحل تمر الأحكام بعد صدورها لأول مرة ، والحجية المطلقة لا تكون إلا للأحكام النهائية التى لا تقبل أى نوع من أنواع الطعون القانونية . وقبل ذلك تكون حجية غير مستقرة بل تكون حجية ضعيفة إلى حد يجعل للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم، ويطلب إعادة النظر فى القضية أمام محكمة الدرجة الثانية وإن لم يكن معه أى مستند جديد أو أية فائدة ترتجى، فإذا نفذت فرص الطعن جميعها بسبب استعمالها أو فوات أوانها، صار الحكم ذا حجية مطلقة بحيث لا يمكن المساس بها .

أما فى الفقه الإسلامى فالحجية لاتتفاوت بين مرحلة وأخرى ، وإنما هى صفة ملازمة لكل حكم قضائى صدر عن قاض مختص وفق الأصول الشرعية وهى حجية معتدلة ، فلا هى بالضعيفة التى يستطيع الخصم معها أن يطعن فى الحكم ويطلب إعادة المحاكمة من غير فائدة مرجوة ، ولا هى بالمطلقة التى يحصن الحكم بها بحيث لايمكن النظر فيها أو نقضه ، وإنما هى حجية ذات حدود إذا جاوزتها أهدرت .

٤ ـ لحجية الحكم مقتضيات وتطبيقات تنبثق كلها من وصف الصحة الظاهرة التى أسبغها فقهاء الشريعة الإسلامية على الحكم القضائى ، من أهمها : عدم جواز تعقب القضاة والكشف عن أحكامهم الصادرة على وفق الشروط الشرعية ، وعدم جواز رجوع القضاة عن أحكامهم التى أصدروها ، ونفاذ القضاء فى الأمور الاجتهادية ، وعدم جواز نقضه لأى سبب من الأسباب ، ووجوب احترام الأحكام الصادرة وأخذها بعين الاعتبار عند إصدار حكم فى قضية جديدة لها علاقة بالقضية السابقة ، وعدم تأثر الحكم القضائى بما يطرأ على البينات من شبهات ، وما يظهر من بينات جديدة ، وهيمنة الحكم القضائى على الاعتقادات الخاصة للخصوم ، وعدم مسئولية القاضى عن الأحكام الصادرة عنه مهما تسبب عنها إذا لم يتعمد الجور فيها ، وبطلان الأحكام القضائية المناقضة لأحكام قضائية سابقة عليها ، وإعتبار الحكم القضائى نافذا ظاهرا وباطنا عند بعض الفقهاء إذا كان مما يكون للقاضى فيه سلطة إنشائية .

٥ ـ المقتضيات والتطبيقات الطابقة ليست محل إتفاق بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى حيث اختلف النظامان فى جواز إعادة النظر فى القضية التى صدر فيها حكم ، فمنع الفقه الاسلامى ذلك إذا كانت الاعادة بمجرد تلبية لرغبة الخصم ولم يكن معه حجة جديدة ، بينما أجاز القانون الوضعى ذلك أمام محاكم الدرجة الثانية بناء على طلب الخصم . ويرجع هذا الاختلاف إلى اختلاف

الطرفين فى تقييم الحكم الصادر لأول مرة، فهو فى التشريعات الوضعية حكم مشوب بشبهة الخطأ أو الجور، بينما هو فى شريعة الإسلام، حكم صحيح وعادل حتى يقوم الدليل على خلاف هذا الاعتبار.

٦ - يتفق الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى كثير من أصول المقتضيات والتطبيقات السابقة لمبدأ الحجية . وإن كان بينهما إختلاف فى نطاق كل مقتضى من تلك المقتضيات، ومن إتفاقهما على وجوب إحترام الحكم السابق وإعتباره مستندا وحجة لطرفى الخصومة فى أية دعوى ترفع بعد ذلك . ومنه أيضا عدم تأثر الحكم القضائى بالشبهات التى قد تحدث فى البينات ، وعدم تأثره بما يظهر من بينات جديدة .

٧ - يتفق الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى موقفهما من الأحكام التى تقضى بما يخالف حكما سابقا حائزا على الحجية : حيث يذهبان إلى بطلان مثل هذه الأحكام، ومنه عدم مسئولية القاضى عما تتسبب فيه أحكامه التى لم يتعمد الجور فيها وغير ذلك .

٨ - توجد فى الفقه الإسلامى مجالات تظهر فيها حجية الحكم القضائى - ولا وجود لها فى النظم الوضعية - مثل ظهور أثر هذه الحجية على اعتقادات أطراف الدعوى ، ومثل أثرها فى تحليل وتحريم ما يقرره الحكم، وذلك بسبب اختلاف طبيعة التشريعات الوضعية، من حيث الجانب الديانى فى الأول وعدم وجوده فى الثانى .

٩ - حجية الحكم القضائى ليست مطلقة ، ولا تصبح كذلك فى أية مرحلة تكون عليها ، غير أن لها قيودا وحدودا واستثناءات تستهدف فى كثير من الأحيان تدارك ما يمكن تداركه من مقتضيات العدالة المهدرة فى الحكم السابق دون المساس باستقرار الحقوق والتعادل ، وذلك باتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى كثير من تلك القيود ، وإن كانا يختلفان فى الحد الذى يمكن أن تصل إليه الحجية، فبينما تصبح مطلقة لا تمس بمرور المواعيد المحددة

للطعون أو باستعمال هذه الطعون بالفعل ، إذا بالفقه الإسلامى لا يرى إعطاء الحجية المطلقة للحكم القضائى بأية حالة وخصوصا فى مقابلة الأدلة الشرعية القاطعة كالنص الواضح من القرآن الكريم ومن السنة الصحيحة وكالإجماع .

ووجهة النظر القانونية فى منع تكرار الدعاوى عندما تصل إلى مرحلة معينة ، أن هذا المنع تقتضيه وتتطلبه ضرورة استقرار المعاملات ، على أن فى ذلك مبالغة فى صيانة جانب من المصالح وهو استقرار التعامل على حساب جانب آخر هو طمأنينة العدالة ، ومن ثم يكون صحيحا تحقيق العدالة على الوجه الأتم بما يؤدى أيضا إلى استقرار التعامل وهدوء الأنفس . وأما احتمال قيام البعض من مرضى القلوب بإشغال القضاء بالنظر فى قضايا سابقة خاسرة ، فإن مثله موجود فى أصل الأمر وبدون النظر إلى الإعادة والتكرار فكم من إنسان يرفع قضية ، يعلم أنها خاسرة لكى يكسب الوقت ويعطل المعاملات ، وينظر فى دعواه ولا ترد بالرغم من ظهور بطلانها من أول نظرة ، ولو اتبع هذا المنطق لاقتضى أن تقفل المحاكم ويسد باب القضاء . وهذا غير مقبول ، لأن وسائل تحقيق المصالح والمقاصد الحسنة لا تخلو واحدة منها من إمكانية استغلالها ، والحل ليس فى إلغاء الوسائل كلها وإنما فى أخذ الاحتياطات اللازمة لمنع العابثين ، إذ أن طبيعة الحياة فى شتى نواحيها أن يتسلل المبطلون بين أصحاب الحقوق لكى يستفيدوا من المنافذ المفتوحة أصلا للمحقين ، ولا سبيل إلى منعهم من أول الأمر ، ولكن النظام الجيد لا يعدم وسيلة لتصفيتهم وتمييزهم فى نهاية الأمر ومجازاتهم ، لأنهم قد ولجوا بابا ليس من حقهم أن يدخلوه . وهذا النوع من التفكير القانونى هو ما اتجه إليه الفقهاء المسلمون فى معالجة قضية الموازنة بين تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع ، وبين تحقيق مصلحة استقرار المعاملات بين الناس .

١٠ — اتفق الفقه الإسلامى والقانون الوضعى على عدم إسباغ الحجية إلا على الأحكام القضائية دون بقية الأعمال التى تدخل فى اختصاص القضاء

والتى لا يبرز فيها عنصر الفصل بين المتخاصمين ، وكذلك عدم إسباغها إلا على الأحكام الصادرة عمن له ولاية القضاء فى حدود ولايته ، وعمن تحققت فيهم صلاحية إصدارها وعدم إسباغها إلا على الأحكام المستكملة لجميع الشروط بالرغم من اختلاف النظامين الإسلامى والقانونى فى اعتبار بعض الشروط .

١١ ـ وردت استثناءات فى الفقه الإسلامى على مبدأ عدم تأثر الحكم القضائى بما يظهر من بينات جديدة وبصورة أوسع إلى حد ما مما ذهبت إليه النظم الوضعية ، وإن كان النظامان الإسلامى والقانون متفقين على ضرورة استثناء بعض الحالات من ذلك المبدأ .

١٢ ـ يتفق الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى تحميل القاضى مسئولية ما يتعمد من الجور فى أحكامه والأضرار التى تنتج عن ذلك .

١٣ ـ يتفق كثير من علماء القانون الوضعى مع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن أساس مبدأ حجية الحكم القضائى يرجع إلى ضرورة احترام القضاء وصيانته عن الابتذال وإستقرار الحقوق والمراكز الشرعية أو القانونية التى يقررها هذا المرفق ، وحفظ هيبته لتظل له فاعليته فى فصل الخصومات وإنهاء التنازعات . هذا مع وجود تفسيرات أخرى كثيرة عند بعض فقهاء الشريعة وكثير عن علماء القانون .

قائمة مراجع البحث

أولا : المراجع الشرعية :

١ - القرآن الكريم .

٢ - مراجع التفسير .

(أ) تفسير الطبرى ج ٣ تحقيق محمود شاكر ، مطبعة دار المعارف بمصر.

(ب) تفسير ابن كثير ج ١ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر .

٣ - مراجع الحديث :

(أ) الصنعانى ، سبل السلام ج ٤ طبعة ١٣٤٥هـ .

(ب) البيهقى ، السنن الكبرى ج ٤ طبعة ١٣٥٥ هـ .

(ج) الدارقطنى ، السنن ج ٤ طبعة ١٣٩٢ هـ .

(د) الترمذى ، الجامع الصحيح ج ٣ .

(هـ) الزيلعى ، نصب الراية ج ٣ ط أولى ١٩٣٨ مصر .

(و) صحيح الترمذى مع شرح عارضة الأحوذى ج ٦ .

(س) شرح النووى على صحيح مسلم ج ١١ الطبعة الأولى .

(ص) صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٢ .

٤ - مراجع أصول الفقه الاسلامى :

(أ) السرخسى ، المبسوط ج ٩ مطبعة السعادة ، ١٣٢٤هـ .

(ب) السرخسى ، المبسوط ج ١٦ .

(د) الغزالى ، المستصفى ج ٢ الطبعة الأولى ١٩٣٧ م . مصر .

(هـ) ابن حزم الظاهرى ، المحلى جـ ٩ ـ منشورات المكتب التجارى بيروت لبنان

٥ — مراجع الفقه :

— مراجع الفقه الحنفى :

(ا) الكاسانى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جـ ٦ ، ٧ مطبعة الجمالية بالقاهرة ـ ١٩١٠ م

(ب) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، دار أحياء الكتب العربية ، عيسى الحلبي بمصر .

(جـ) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، طبعة ١٣٢٢ هـ بمصر .

ابن نجيم ، البحر الرائق حـ ٣ ، مطبعة دار الكتب العربية بمصر .

(د) ابن عابدين ، قرة عيون الأخبار ، تكملة رد المختار جـ١ ، ٢ المطبعة العثمانية ـ ١٣٢٧ هـ

ابن عابدين ، الحاشية جـ ٥ ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ـ ١٣٢٥ هـ

ابن عابدين ، تكملة الحاشية جـ ٧ ، المطبعة الأميرية ، القاهرة .

(هـ) الرملى ، اللآلىء الدرية فى الفوائد الخيرية جـ ٢ ، مطبوع بذيل جامع الفصولين ـ ط ١٣٠٠ هـ

(و) ابن قاضى سماونة ، جامع الفصولين جـ ٢ ط ١ ، ١٣٠٠ هـ

(س) منلا مسكين ، شرحه على كنز الدقائق ط الجنسية مصر ١٣٢٨ هـ

(ص) منلا خسرو ، درر الحكام جـ ٩ ـ المطبعة الشرقية ـ ١٣٠٠ هـ

(ع) المرغينانى ، الهداية جـ ٣ ـ طبع الحلبى ـ ١٩٢٧ هـ

(غ) ابن حجر ، فتح البارى جـ ١٣ ـ المطبعة البهية المصرية ـ ١٣٤٨ هـ

مراجع الفقه المالكي

(ا) الحطاب ، مواهب الجليل ج ٦ - طبعة ١٣٢٩ هـ

(ب) القرافى ، الأحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات القاضى والإمام ١٩٣٨ م

(ج) الرصاع التونسى ، شرح حدود ابن عرفة ، الطبعة الأولى عام ١٣٥٠ هـ

(د) ابن فرحون تبصرة الحكام ج ١ ط الحلبى ١٩٥٨ م بمصر .

(هـ) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ج ٥ ط ٣ بيروت ١٤٠٠ هـ/١٩٨٠ م

(و) العقبى ، تكملة المجموع ج ٢٠ ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة .

(ز) ابن البزاز الكردى - الفتاوى البزازية - مطبوع على هامش الفتاوى الهندية ج ٥

(س) الخرشى ، شرح الخرشى ج ٧ - المطبعة الأميرية - ١٣١٧ - بمصر .

(ص) الشيخ عليش ، فتح العلى المالك ج ٢ مطبوع مع تبصرة الحكام .
الشيخ عليش ، منح الجليل ج ٢ ، المطبعة العامرة بالقاهرة .

(ع) مدونة الإمام مالك ج ٢ ، ١٣ - طبع صورة/مطبعة دار السعادة - ١٣٢٣ هـ

(غ) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ طبعة ١٩٦٩ م

(ف) بو يعلى ، الأحكام السلطانية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٦ م

(ق) عمر بركات ، فيض الإله المالك ج ٢ - طبعة ١٩٥٥ م - القاهرة .

(ك) أحمد الدردير ، الشرح الكبير ج ٤ - مطبعة عيسى الحلبى بمصر .

(ل) محمد على بن حسين ، تهذيب الفروق ط ١٣٤٦ هـ ، ج ٤

(و) الأمير ، حاشيته ج ٢ ، المطبعة البهية - ١٣٠٤ هـ

(هـ) على العدوى ، حاشيته على شرح الخرشى ج ٧ المرجع السابق .

(ى) العز بن عبد عبد السلام ، قواعد الأحكام ج ٢ ، دار الشرق للطباعة ، القاهرة ١٩٦٨ م

— مراجع الفقه الشافعي :

(ا) الشافعي ، الأم ج ٦ - طبعة بولاق ١٣٢٤ هـ - مصر .

(ب) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - مطبعة الحلبي .

(جـ) العقبي ، تكملة المجموع ج ٢٠ ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة .

(د) الماوردي ، أدب القاضي ج ١ ، مطبعه الإرشاد ببغداد ، تحقيق محي هلال سرخان .

(هـ) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، مطبعة زيد بن ثابت ١٩٧٥ م

(و) الشيرازي ، المهذب ج ٢

(ع) زكريا الأنصاري ، الإعلام والاهتمام ، مطبعة الترقي بدمشق .

— مراجع الفقه الحنبلي :

(ا) البهوتي ، كشاف القناع ج ٢ ، الطبعة الأولى ، المطبعة الشرقية ١٣١٩ هـ

(ب) ابن قدامه ، المغني ج ٩ ، الرياض ١٩٨٠ م

(جـ) ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين ج ١ طبعة ١٩٦٨ م

— الفقه العام :

(ا) محمد أديب الصالح ، مصادر التشريع الإسلامي - الطبعة الأولى .
تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ج ٢ - الطبعة الثانية .

(ب) محمد عرنوس ، تاريخ القضاء في الإسلام ، المطبعة المصرية ١٩٣٤ م

(جـ) إبراهيم نجيب عوض ، القضاء في الإسلام ، طبعة ١٩٧٥ م

(د) الصدر الشهيد ، شرح أدب القاضي ج ٣ الطبعة الأولى ١٩٧٧ م ، مطبعة الإرشاد .

(هـ) السمنانى ، روضة القضاة ، مطبعة أسعد ، بغداد ١٩٧٠ م

(و) أحمد بن محمد التميمى ، الفواكه العديدة جـ ٢ طبعة ١٠٦٠ م

(ع) الأبيانى ، مباحث المرافعات الشرعية .

(غ) محمد مصطفى الزحيلى ، وسائل الإثبات « رسالة دكتوراه مطبوعة على الاستنسل » .

(ف) على قراعة ، الأصول القضائية طبعة ١٩٢١م

(ق) محمد سلام مدكور ، القضاء فى الإسلام ، المطبعة العالمية بالقاهرة .

(ك) محمد أبو فارس ، القضاء فى الإسلام .

(ل) د/ عبد العزيز عامر ، التعزير فى الشريعة الإسلامية ـ الطبعة الرابعة .

(ى) د/ محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ، القسم الثانى منشورات وزارة الأوقاف الأردنية .

ثانيا . المراجع القانونية :

– المراجع العربية :

١ – د . أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، الطبعة الأولى ج٢ منشأة المعارف ، الاسكندرية ١٩٦٩م .

٢ – د . أحمد مسلم : أصول المرافعات ، القاهرة ١٩٧١م .

٣ – الأستاذ أحمد نشأت : رسالة الإثبات ج٢ ، طبعة ١٩٧٢م ، دار الفكر العربى .

٤ – د . رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – الطبعة الثالثة – ١٩٦٥ م : – القاهرة .

٥ – د . عبد الباسط جميعى ومحمد محمود إبراهيم ، مبادىء المرافعات – طبعة ١٩٧٨ م . – القاهرة

د . عبد الباسط جميعى : مبادىء المرافعات : ١٩٨٠ م . – دار الفكر العربى . شرح قانون الإجراءات المدنية ، ١٩٦٦ – دار الفكر العربى .

٦ – د . عبد الحميد أبو هيف : المرافعات المدنية ، المعارف ، ١٩١٥م . الاسكندرية .

٧ – د . عبد العزيز عامر : شرح قانون المرافعات الليبى ، الناشر مكتبة غريب ١٩٨٦ م .

٨ – د . ضياء شيت خطاب : الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية طبعة ١٩٧٣ م . بغداد .

٩ – د . فتحى والى : مبادىء قانون القضاء المدنى الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ١٩٧٥ م ، قانون القضاء المدنى ج ١ طبعة ١٩٧٧ م دار النهضة العربية قانون القضاء المدنى اللبنانى ، الطبعة الأولى ١٩٧٠ ، بيروت ، لبنان . قانون

القضاء المدنى الكويتى ، الوسيط فى قانون القضاء ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠م .

١٠ ـ د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د . سامية راشد : الوجيز فى القانون الدولى الخاص جـ١ طبعة ١٩٧١ .

١١ ـ د. محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية ، مطبعة فتح الله الياس ، القاهرة ، ١٩٤٠م .

١٢ ـ د . محمود محمد هاشم : قانون القضاء المدنى ـ جزءان ، القاهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٨١ م .

ـ اجراءات التقاضى والتنفيذ ، الرياض ـ جامعة الملك سعود ، ١٩٨٥ م .

ـ نظام الإثبات بين الشريعة والقانون ، الرياض ، جامعة الملك سعود ، ١٩٨٤م .

ـ النظام القضائى الإسلامى ، القاهرة ، دار الفكر العربى ١٩٨٤م .

١٣ ـ د . وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ، الناشر ، منشأة المعارف . إسكندرية م .

مبادىء القضاء المدنى ـ ط١ ـ القاهرة دار الفكر العربى ، ١٩٨٧/٨٦م .

ـ مبادىء الخصومة المدنية ، القاهرة ، دار الفكر العربى ١٩٧٨م .

١٤ ـ على حيدر أفندى ، أصول إستماع الدعوى . طبعة مطبعة الترقى بدمشق .

١٥ ـ عبد الخالق عمر : قانون المرافعات ، القاهرة . دار النهضة العربية .

١٦ ـ الأستاذ محمد العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن جـ ٢ طبعة ١٩٥٨ م ، القاهرة .

والدكتور عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن جـ ٢ طبعة ١٩٥٨ م ، القاهرة .

المراجع الأجنبية :

— Glasson, Tissier et Morel Traite Theorigue et pratique d'organisation Judiciare et de procedure civile, 3e ed, 1925 Paris.

— Japiot R. Traite elementaire de procedure civile et commerciale, 3e ed. 1935. Paris.

— Morel Rene, Traite elementaire de procedure civile, 2o ed 1949, Paris.

— Slous H. et Perrat R. Droit judiciare preve, Vol. I, Paris, 1961.

— Vincent j, et Guincuard S., Procedure Civile, 20e ed. 1981, Paris.

الفهرس

الموضوع | الصفحة

رقم الإيداع ١٩٨٨/٣٩٤٣